

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

De la
Promesse de Société
dans les
Sociétés de Personnes

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(*Sciences Juridiques*)

Présentée et soutenue le Samedi 3 Mars 1923, à 2 heures

par

N. MATULESCO

Président ; M. J. HÉMARD

Suffragants : A. WAHL

H. CAPITANT

Editions de « La Vie Universitaire »

Quai de Conti, 13, Paris - 1923

De la Promesse de Société
dans les
Sociétés de Personnes



Digitized by the Internet Archive
in 2026

De la
Promesse de Société
dans les
Sociétés de Personnes

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(*Sciences Juridiques*)

Présentée et soutenue le Samedi 3 Mars 1923, à 2 heures

par

N. MATULESCO

Président ; M. J. HÉMARD

Suffragants : A. WAHL

H. CAPITANT

Editions de « La Vie Universitaire »

Quai de Conti, 13, Paris - 1923

**La Faculté n'entend, donner son approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme propres à
leurs auteurs.**



BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GÉNÉRAUX

- ARTHUYS. — Traité des Sociétés commerciales 3, éd.
AUBRY et RAU. — Cour de droit civil français, 5^e éd., t. V et VI.
BAUDRY-LACANTINERIE et SAIGNAT. — Traité théorique et pratique de droit civil. De la vente et de l'échange.
BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL. — Traité théorique et pratique de droit civil. De la société, du prêt, du dépôt.
COLIN et CAPITANT. — Cours élémentaire de droit civil, 2^e édition.
COLMET DE SANTÈRE. — Manuel élémentaire de droit civil.
COSACK. — Traité de droit commercial. Traduit par Mis.
DEMOLOMBE. — Cours du Code Napoléon, t. 24.
DURANTON. — Cours de droit français, t. 16.
GIORGI. — Teoria delle obbligazioni, 4^e éd.
GUILLOUARD. — Traité du contrat de société.
— Traité de la vente.
HOUPIN et BOSVIEUX. — Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales.
LAROMBIÈRE. — Théorie et pratique des obligations.
LAURENT. — Principes du droit civil français.
LYON-CAËN et RENAULT. — Traité de droit commercial.
MARCADÉ. — Explications du code civil, 8^e éd., t. VII.
MERLIN. — Répertoire. Vente.
NAST et MICHEL. — Traité des sociétés, t. II, dans la collection de Juris-Classeurs.
NYSSENS et CORBIAU. — Traité des Sociétés commerciales.
PACIFICI-MAZZONI. — Istituzioni di diritto civile italiano, compra-vendita.

- PLANIOL. — Traité élémentaire de droit civil.
- PONT. — Traité commentaire des sociétés civiles et commerciales, 2^e éd.
- POTHIER. — Traité du contrat de vente.
— Traité du contrat de société.
- ROUSSEAU (R.). — Des Sociétés commerciales françaises et étrangères, 4^e éd.
- THALLER et PERCEROU. — Traité élémentaire de droit commercial.
- THALLER et PIC. — Traité général théorique et pratique de droit commercial. Des sociétés commerciales.
- TROPOLONG. — Le droit civil expliqué. — De la vente.
— Du contrat de société.
- VAVASSEUR. — Traité des Sociétés civiles et commerciales.
- VIVANTE. — Traité de droit commercial. Traduit par Escara 1911.
- WAHL. — Précis théorique et pratique de droit commercial 1922.
- WINDSCHEID. — Lehrbuch des Pandectenrechts, 9^e éd.

OUVRAGES SPÉCIAUX

- ADLER. — Realcontrat und Vorvertrag. Jahrb. f. Dogm., t. 31.
- BUTTERA. — Contributto alla dotrina della promessa di vendita immobiliare, Legge 1909, 2235.
- CAPITANT. — De la cause des obligations 1923.
- CHIOVENDA. — Dell'azione nascente dal contratto preilminario, Riv. dir. com. 1911, I 1102.
- COVIELLO. — Contratti preliminari. — Enciclopedia giuridica italiana.
- DEGENKOLB. — Der Begriff des Vorvertrages, Arch. f. d. ziv. Praxis, t. 71, p. 1.
- DEMOGUE. — Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance. Rev. trim. 1905.

- DEMOGUE. — De la nature et des effets des droits éventuels.
Rev. trim. 1906.
- FAGGELLA. — I periodi precontrattuali e la responsabilita precontrattuali, 2^e éd., Rome 1918. La 1^{re} éd. dans : Studi giuridici in onore di Carlo Fadda, t. 3, p. 269.
- GÖPPERT. — Zur Lehre der pacta de contrahendo, Krit. Vierteljahrsschrift, t. 14, p. 400.
- HÉMARD. — Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait 1912.
- LAMBERT. — Du contrat en faveur de tiers 1893.
- LESCOT. — Essai sur la période constitutive des personnes morales de droit privé, Thèse, Dijon 1913.
- MASSIN. — De l'exécution forcée des obligations de faire ou de ne pas faire. Thèse, Paris 1893.
- MEYNIAL. — De la sanction civile des obligations de faire ou de ne pas faire. Ext. de la Rev. prat. d. dr. français 1887.
- MELIOT. — La nouvelle loi anglaise sur les sociétés par actions 1909.
- PERCEROU. — Des fondateurs de sociétés anonymes, Thèse, Dijon, 1896.
- REGELSBERGER. — Uber den Kreditvertrag. Jahrb. f. Dogm. t. 52.
- SALEILLES. — La déclaration de volonté.
— De la responsabilité précontractuelle. Revue trim. 1907.
- TITULESCO. — Essai sur une théorie générale de droits éventuels, Thèse, Paris 1907.
- WORMS (R.). — De la volonté unilatérale comme source d'obligations, Thèse, Paris 1891.
-

PÉRIODIQUES (Jurisprudence)

Annales du droit commercial (An. du dr. com.).

Dalloz (D.).

Gazette des Tribunaux (Gaz. trib.).

Journal d'Anvers (J. Anv.).

Journal du Palais (J. Pal.).

Journal des Sociétés (J. Soc.).

Journal des Tribunaux de Commerce (J. T. Com.).

Legge (Leg.).

Pasicrisie (Pas.).

Revue des Sociétés (R. Soc.).

Revue Pratique des Sociétés (R. prat. Soc.).

Rivista di diritto commerciale (Riv. dir. com.).

Sirey (S.).

INTRODUCTION

I. La promesse (1) de société, à la différence du projet de société, qui ne fait naître aucun lien juridique, engage une ou plusieurs personnes à constituer une société sur des bases dès maintenant arrêtées.

Faute de loi, la jurisprudence et la doctrine ont dû construire la notion de la promesse de société.

Dans une première phase, la jurisprudence, encore indécise sur les cas qui lui sont présentés, d'ailleurs rarement, reconnaît la validité d'une promesse de société, constituée dans la forme prescrite par la loi pour le contrat de société. Elle est ainsi conduite à confondre la promesse avec le contrat lui-même (2).

Dans la seconde phase, l'idée d'un contrat tout à fait indépendant dans sa formation et ses effets, soumis quant à la validité et à la preuve aux dispositions générales du code civil et du code de commerce, prédomine dans la

(1) La dénomination de « promesse » a été estimée impropre comme se confondant avec l'idée de sollicitation. M. Leduc a proposé celle d'*avant-contrat* (Des avants-contrats, Thèse, Paris 1909). C'est ce qu'on appelle *Contratto preliminario* en italien (Coviello, — *contratti preliminari*, dans l'*Enciclopedia Giuridica Italiana*), *Vorvertrag* en allemand (Degenkolb — *Der Begriff des Vorvertrages*).

(2) C. Royale de Bourges, 2 juin 1821, j. pal., t. XVI, 646 ; C. Imper. de Paris, 24 fév. 1860, j. t. com. 1861, 216.

jurisprudence (3). Les arrêts qui exigent la forme du contrat de société, se font plus rares et on peut considérer comme le dernier, qui ait quelque importance, par les attaques dirigées contre lui, l'arrêt de la Cour de Toulouse du 22 juin 1872 (4). Il reste isolé et l'unanimité se fait après lui dans les décisions judiciaires.

II. On contracte l'obligation de faire le contrat de société au lieu de conclure immédiatement la société, dans deux hypothèses qu'on a dégagé avec beaucoup de clarté à propos de la promesse de contrat en général : « il se peut que les parties ne puissent pas conclure aussitôt le contrat définitif, dit M. Leduc (5) ; il se peut qu'elles ne le veuillent pas ».

A. Ainsi donc, *dans une première hypothèse*, les parties ne peuvent pas conclure aussitôt le contrat définitif, soit à cause des difficultés de formation, soit par suite de l'impossibilité de contracter.

a) L'art. 39 c. com. exige pour la constitution des sociétés en nom collectif et en commandite, des actes publics ou sous seing privé, et l'art. 55 de la loi du 24 juillet 1867 exige la publication de toute société commerciale dans le mois de la constitution. Ce sont des formalités souvent difficiles, que les parties ne peuvent pas toujours accomplir, parce qu'elles ne sont pas présentes, ou qu'elles sont loin de tout officier ministériel, devant lequel le contrat

(3) C. Imp. de Paris, 11 avril 1861 ; j. t. com. 1861, 375 ; Cas. 15 déc. 1920, j. soc. 1921, 317.

(4) D. 1872 II 156, S. 1873 II 169.

(5) Op. cit., p. 7 ; Perroud, note S. 1912 I 217.

pourrait être passé. Elles peuvent, dans ce cas, contracter par correspondance, ou, si elles sont présentes, verbalement ou par acte sous seing privé, une promesse de conclure le contrat définitif, dans la forme prescrite par la loi, plus tard, quand les conditions seront favorables.

b) Il arrive aussi que les parties ne peuvent pas prendre un engagement valable dès maintenant parce que l'objet de la société qu'elles veulent conclure n'est pas licite. Elles ont le ferme espoir qu'il le deviendra prochainement, soit qu'il y ait un projet ou une proposition de modification d'une législation prohibitive, soit que l'interdiction n'ait qu'un caractère temporaire, et elles s'obligent, dès à présent, à contracter une société quand il n'y aura plus d'obstacle légal à sa constitution.

L'engagement des parties est valable parce qu'il ne donne pas naissance aux liens juridiques nés du contrat qu'elles envisagent, mais à une simple obligation de faire, de donner leur consentement pour la formation du contrat ; obligation contractuelle, régie par les dispositions générales du droit civil ou commercial suivant que la promesse tend à la formation d'une société civile ou commerciale et qui se résoudra en cas d'inexécution en des dommages-intérêts.

B. *Dans une seconde hypothèse* (et ce sont les cas les plus fréquents en pratique), les parties ne veulent pas conclure le contrat définitif.

Des motifs très variés les y poussent ; soit que l'une d'entre elles cherche à se ménager le temps d'examiner les avantages de la société qu'on lui propose, société

qu'elle ne voudrait pas manquer de constituer si les allégations du pollicitant sont vraies (6), soit que les deux parties préfèrent momentanément s'en tenir à une promesse de société (7).

a) Dans le premier cas, le pollicité fait prendre au pollicitant l'obligation de contracter dans un certain délai, afin qu'il puisse, durant ce délai, examiner les avantages de la société sans être aussitôt engagé dans des liens sociaux, ou bien il s'oblige, sous condition de vérifier les allégations du pollicitant.

b) Un autre cas peut être prévu ; les parties n'ayant pas encore la certitude de réussir dans leurs efforts pour s'assurer le concours de l'Etat par des lois protectrices, ou par des commandes de fournitures, ou le concours d'une institution de crédit, s'assurent la participation *du capital*, la *concession* d'un brevet, d'une mine, etc., en faveur de la société projetée, et pour le cas où ils réussiraient à la constituer (8).

c) Une situation pareille, mais différente quant aux sociétés auxquelles elle s'applique, est réalisée dans le cas du commis intéressé, à qui le patron, en vue d'inciter son zèle, promet de l'associer après un certain temps de service (9).

(6) Lyon, 22 fév. 1899, j. soc. 1900, 266, D 900 II 369.

(7) C. Imp. de Paris, 20 juill. 1859, j. t. com. 1860, 31; Trib. com. Seine, 29 juill. 1921, j. soc. 1922, 402.

(8) Bordeaux, 28 mars 1895, j. soc. 1896, 170; Bruxelles, 3 août 1903,

(9) Paris, 18 janv. 1870, j. t. com. 1871, 31.

d) Il faut encore citer le cas tout spécial d'une personne, qui promet son concours à un breveté pour l'exploitation de son invention (10).

La question de savoir si son engagement a le caractère d'une promesse de société ou de prêt, sera résolue par les tribunaux chargés de l'interprétation des termes du contrat.

Ces quelques exemples font ressortir l'importance pratique et même la nécessité d'une étude particulière de la promesse de société.

III. En dépouillant les recueils de jurisprudence, nous avons constaté que la promesse de société ne trouve une réelle application que dans la formation des sociétés en nom collectif et en commandite. Les arrêts sur la promesse de société anonyme sont rares. Aucune décision n'a pu être trouvée sur la promesse de société civile non plus que sur la promesse d'association en participation. Cette dernière promesse aurait cependant paru des plus intéressantes par suite de sa formation par simple consentement verbal et de sa fréquence surtout depuis la guerre mondiale : l'association en participation est souvent préférée à la société en nom collectif, parce qu'elle ne comporte aucune formalité et parce qu'on estime qu'elle se prête mieux à éviter les règles fiscales.

Il s'ensuit que des différentes espèces de sociétés commerciales ramenées à trois types (la société en nom col-

(10) Lyon, 18 juin 1909, *Gaz. jud. et com. de Lyon*, 1909, 730.

lectif, la société en commandite, la société anonyme (11) et même à deux catégories : les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux, il n'en est que certaines qui peuvent donner lieu à des promesses de sociétés.

Les sociétés de capitaux offrent moins d'application de promesses de société. Les sociétés de personnes — dans lesquelles la collaboration intime des associés est nécessaire pour la bonne marche de la société — donnent lieu, au contraire, à l'utilisation fréquente de la promesse de société, qui facilite, dans une large mesure, leur formation.

C'est donc essentiellement de la promesse de société dans les sociétés de personnes que nous devons traiter, mais nous ne manquerons de signaler chaque fois que nous trouverons une occasion de l'appliquer dans les sociétés de capitaux. Aussi avons-nous intitulé notre travail « De la promesse de société dans les sociétés de personnes », mais nous n'en chercherons pas moins, autant que possible, à lui donner la portée générale d'une étude de la promesse de société dans toutes les sociétés.

IV. Les difficultés qui naissent de la promesse de société et que nous nous proposons d'étudier en trois chapitres se rapportent :

a) A la formation : : si elle est régie quant à la validité par les dispositions générales en matière d'obligations,

(11) Art. 19, C. Com. D'après la doctrine, il y aurait quatre espèces de société, la commandite constituant tantôt une commandite simple, tantôt par actions. — Thaller et Percerou, 5^e éd., p. 170; Wahl, n° 479.

ou par les règles spéciales aux contrats de société ;

b) Aux effets : l'exécution de l'obligation en cas de refus du promettant (dommages-intérêts), les relations entre les contractants et à l'égard de tiers, l'extinction de la promesse.

c) A la nature juridique de la promesse et du droit qui en résulte.

CHAPITRE I^{er}

Formation de la promesse de Société

Les principes généraux, qui président aux rapports nés des contrats, laissent aux parties l'entière liberté de donner à leurs conventions la forme qui répond le mieux à leurs intérêts, à moins qu'elles ne soient contraires à l'ordre public et aux dispositions essentielles, prévues par la loi, pour le contrat qu'elles veulent conclure.

Pour arriver à la conclusion du contrat, très souvent dans la pratique, il y aura une période de tractations, durant laquelle les parties essayeront d'amortir le choc des intérêts contraires ; de se mettre d'accord.

Cette période est plus ou moins longue, suivant l'importance des divergences et suivant que les tractations se passent entre les contractants eux-mêmes, ou par intermédiaire, verbalement ou par correspondance.

Pour commencer les tractations, une des parties doit prendre l'initiative. Elle propose à l'autre, action qu'on appelle offre ou pollicitation, la conclusion du contrat et ses conditions. Il se peut que la partie, à laquelle l'offre a été faite, trouve les conditions avantageuses et qu'elle les accepte, ou, au contraire, qu'elle n'y trouve aucun avantage et qu'elle les refuse.

Souvent, s'écoulera un certain temps entre l'offre et l'acceptation, surtout quand les tractations se font par correspondance.

La question de savoir quelle est la valeur de l'obligation du pollicitant pendant ce temps est très discutée. Cette discussion ne présente pas d'intérêt pour notre étude. Nous rappellerons seulement que la doctrine classique, en concordance avec les dispositions du code civil, n'accorde pas le caractère obligatoire à l'offre tant qu'elle n'a pas été acceptée. Dans cet état, le pollicitant, n'étant pas lié, peut retirer l'offre sans encourir la responsabilité juridique ; mais, dès que le pollicité exprime sa volonté, ou, dans une autre opinion, porte à la connaissance du pollicitant son acceptation, dès ce moment, le contrat est conclu ; ou bien s'il refuse, tout est fini. Il ne peut pas revenir sur son refus pour accepter, à moins qu'il n'y ait offre nouvelle.

A côté de ces deux possibilités bien simples, on peut en envisager une troisième, intermédiaire. Le pollicité, tout en trouvant les conditions de l'offre avantageuses, tout en étant d'accord avec le pollicitant sur la conclusion du contrat, pour différents motifs (1), ne peut pas conclure immédiatement ; d'autre part, il ne voudrait pas perdre une affaire avantageuse ! C'est alors qu'il demandera au pollicitant de s'obliger à contracter plus tard, dans un certain délai.

Ainsi, au lieu de renoncer à la conclusion du contrat, les parties ont fait un pas de plus dans leurs tractations. Il y a quelque chose de plus que l'offre sans avoir le con-

(1) Voir l'introduction.

trat non plus. Il y a une convention intermédiaire (2), par laquelle le promettant s'oblige à contracter, si celui envers lequel il s'est obligé, le lui demande.

Les deux parties peuvent, aussi, s'obliger réciproquement à faire le contrat sur des bases, qu'elles arrêtent dès maintenant. Dans ce cas, elles ont chacune, en même temps, le droit d'exiger et l'obligation de faire la société, obligation née de leur consentement, donc obligation contractuelle, qu'elle ne pourront retirer sans engager leur responsabilité juridique.

Il en résulte que la promesse de société, à la différence de l'offre, constitue un lien contractuel, né du concours de volonté de deux parties : la déclaration du promettant de vouloir contracter ne suffit pas ; il faut l'acceptation du bénéficiaire.

Mais nous devons ajouter que, dans la plupart des cas, l'auteur de l'offre fixe un délai d'acceptation, qui rend l'offre obligatoire jusqu'à son expiration. Le pollicitant ne peut plus alors, comme dans l'offre pure et simple, la révoquer sans engager sa responsabilité juridique. Il y a, dès lors, une grande ressemblance entre l'offre faite avec délai d'acceptation et la promesse. La ressemblance est plus grande encore si on accepte l'opinion des auteurs qui donnent à cette obligation de maintenir l'offre pendant le délai, le caractère d'une convention tacite. Des auteurs même vont jusqu'à les assimiler complètement (3).

(2) Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, 4^e éd., vol. III, n° 144. « Fra le trattative e la promessa definitiva tiene il giusto mezzo, quella promessa, che le antiche scuole chiamarono de contrahendo sive de ineundo contractu. »

(3) Perroud, note S. 1912 I 217; Bianchi, *Gurisprudenza italiana*, 1895 I 922.

L'analyse de l'obligation de maintenir l'offre pendant le délai, dans une convention tacite, a été imaginée par Demolombe (4), et exposée avec beaucoup de clarté.

A côté de l'offre pure et simple que le pollicitant envoie au pollicité, en ajoutant un délai d'acceptation, il ajoute une nouvelle offre, de maintenir la première pendant le délai. Cette nouvelle offre étant tout à l'avantage du pollicité et par cela même qu'il ne la refuse pas, on suppose qu'il l'a acceptée par un consentement tacite. Il y a, à partir du moment, où le pollicité en a pris connaissance, une convention par laquelle le pollicitant se trouve obligé à contracter dans le délai fixé.

« Si on suppose — dit Demolombe — que le commerçant de Marseille a reçu la lettre par laquelle le commerçant de Paris a fait l'offre, en s'engageant à attendre l'acceptation pendant un délai de huit jours, celui-ci ne pourra pas retirer son offre avant l'expiration de ce délai. Dès le moment, en effet, où le commerçant de Marseille a reçu cette lettre, par laquelle un délai de huit jours lui était accordé, il doit être présumé avoir accepté cette partie de la proposition qui est tout entière à son avantage, et qu'il n'a aucun intérêt à la refuser ; d'autant plus que par cela même qu'il ne répond pas, il est vrai de dire qu'il use du délai que l'offrant lui a concédé pour réfléchir avant d'accepter ».

Dans son exemple, Demolombe parle d'une offre par correspondance. En vérité, la question ne peut se poser que dans ce cas. Quand les parties sont présentes, il résulte toujours une promesse de contrat, parce que le pollicité,

(4) Demolombe, Cours du Code Napoléon, 1868, t. 24, n° 59.

s'il n'accepte pas, refuse ou bien exprime sa volonté d'accepter le délai, qui lui est accordé pour réfléchir ou se renseigner.

Suivant l'opinion de Demolombe, il y a une convention tacite qui lie le pollicitant pendant le délai ; mais il n'a pas été jusqu'à admettre pour l'offre faite avec délai d'acceptation tous les effets juridiques du lien contractuel. C'est en cela que consiste la partie faible de son système et la différence de la promesse de contrat.

L'offre s'éteint si l'une des parties est morte ou devient incapable pendant le délai d'acceptation ; au contraire, le lien né de la promesse de contrat comme de toute convention fait partie intégrante du patrimoine et se transmet, en général, aux successeurs, car l'incapacité et la mort ne peuvent pas influencer la capacité et le consentement des contractants lors de la conclusion du contrat. Le contrat est donc une valeur réelle qui fait partie du patrimoine des contractants !

Pour justifier cette solution, les auteurs qui soutiennent ce système, observent que l'offre ne se transmet pas aux successeurs, parce que le contrat n'est pas formé, puisque les volontés des deux parties n'ont pas concouru. Sans doute, le contrat définitif n'a pas été conclu, mais il y a une convention tacite de maintenir l'offre pendant le délai. Cette convention fait naître, au profit du pollicité, un droit contractuel, qui, en bonne logique juridique, doit avoir tous les effets d'un contrat.

Ainsi ce système a fait place à un autre qui explique le caractère obligatoire de l'offre par la déclaration unilatérale de volonté, théorie née en droit allemand et soutenue

dans notre droit par un grand nombre d'auteurs (5).

En résumé, l'acceptation de l'offre fait naître un lien contractuel qui oblige le promettant à conclure le contrat définitif si, dans le délai fixé, le bénéficiaire se décide à exercer son droit.

Le code civil n'ayant pas de dispositions spéciales sur la promesse de société, elle sera soumise, quant à sa validité, aux dispositions générales qui gouvernent la formation des contrats.

(5) Saleilles, La déclaration de volonté; Colin et Capitant, 2^e éd., t. II, p. 272; Worms: De la volonté unilatérale comme source d'obligation. Thèse, Paris 1891.

SECTION PREMIÈRE

Conditions essentielles de validité

§ 1^{er}. *Conditions communes à tout contrat*

La promesse de contrat, tout en conservant ses caractères, dans les différentes hypothèses où elle trouve application, subit l'influence de la nature du contrat qu'elle a comme objet. Elle porte l'empreinte caractéristique de ces contrats dans ses conditions même de validité. La promesse de société subit l'influence du contrat de société quant à la capacité des parties contractantes et à la cause.

Nous allons étudier, dans ce paragraphe, les conditions de validité de la promesse de société communes à tout contrat et dans un deuxième, les conditions spéciales à la promesse de contrat.

I CONSENTEMENT

D'après le code civil, tout contrat se forme par le seul consentement des parties capables de s'obliger, intervenu sur la nature et l'objet de leurs obligations. La promesse de contrat ne fait aucune exception à cette règle. Il faut l'accord de volonté, offre et acceptation, pour qu'elle soit valable. La simple déclaration de volonté de celui qui veut s'obliger ne suffit pas, il faut, en outre, que celui qu'il veut faire bénéficier de cette promesse, accepte. C'est seule-

ment quand ces deux volontés coexistent que nous avons une obligation contractuelle de faire la société projetée.

L'acceptation du bénéficiaire peut être expresse ou tacite. Le code civil ne prescrit aucune forme pour l'extériorisation de la volonté. Le consentement peut être donné par tout moyen de se faire comprendre. Même dans certains cas, la déclaration de la volonté d'accepter est inutile pour la formation du contrat. L'adage latin, *qui tacet consentire videtur*, n'est pas tout à fait inexact dans le droit moderne, surtout quand il est appuyé par des circonstances favorables. Le législateur l'a même expressément consacré dans le code civil. L'art. 1895, 2^e al., dispose : « l'acceptation du mandat peut n'être que tacite et résulter de l'exécution, qui lui a été donnée par le mandataire ». La Cour de Cassation (6) a décidé, à propos de la promesse de vente, qu'on peut l'accepter expressément ou tacitement, et qu'elle devient, dans l'un et l'autre cas, obligatoire pour le promettant.

« L'acceptation d'une promesse unilatérale de vente — décide la Cour — par celui qui en est bénéficiaire, résulte implicitement, mais nécessairement de la vente qu'il consent à un tiers de la chose qui en fait l'objet (C. civ. 1853, 1589) ».

Rien ne s'oppose à voir dans la déclaration du bénéficiaire de vouloir contracter, la confirmation de son acceptation tacite, surtout quand il a entrepris, au vu et au su du promettant, des préparatifs pour la formation de la société.

(6) D. 1899 I 276, S. 1899 I 88.

Le concours de volonté peut naître à la suite d'une offre ou d'une stipulation.

a) Le pollicitant offre la formation de la société dans un certain délai. Si le pollicité accepte, il fait concourir sa volonté ; il y a consentement qui oblige le pollicitant.

b) L'initiative du contrat peut être prise par celui qui veut se faire promettre. Il y a alors la forme classique de la stipulation : *spondesne ? promittisne ? Promettez-vous de faire la société sur les bases que je propose si je vous le demande dans deux ans ?* Si l'interpellé promet, le contrat de promesse est formé. Cela ne veut pas dire que la forme classique soit obligatoire. Pour la formation du contrat, dans le droit moderne, le consentement n'est soumis à aucune formalité. Il peut être donné entre présents par écrit, paroles ou signes et entre absents par intermédiaire, lettres-missives ou télégrammes. Il en sera de même pour la promesse de société.

Le consentement doit être exempt de tout vice. Les vices du consentement agiront sur la promesse exactement comme sur le contrat de société.

a) Des trois vices prévus par le code civil (art. 1109), la violence est à peine concevable dans les contrats de société, surtout de sociétés de personnes, à cause de leur but : travailler en commun en vue de gains futurs. Il est tout aussi difficile de la concevoir dans la promesse de société, à la suite de laquelle le bénéficiaire a moins encore la possibilité d'un avantage, vu que le promettant sera, de nouveau, appelé à donner son consentement pour former la société.

b) L'erreur, au contraire, et plus souvent l'erreur sur la personne, vicie le consentement des contractants dans les sociétés civiles aussi bien que dans les sociétés commerciales. Le contrat de société se forme *intuitu personae*

« L'erreur sur la personne — dit M. Hémar^d (7) — ne se présentera guère que dans les sociétés de personnes. C'est là que les considérations personnelles prédominent et que les qualités de certains associés, leur honnêteté, leur fortune, leurs aptitudes spéciales peuvent déterminer les autres à entrer dans la société. Cette erreur portant sur la personne d'un associé rendra le contrat annulable ».

Malgré son caractère indépendant, la promesse n'est pas un moule rigide duquel sortira toujours la même image ; elle est plutôt comme une cire malléable sur la surface de laquelle le sculpteur peut imprimer les lignes de différentes statues pour en avoir ensuite les bronzes. Elle garde ses propriétés essentielles de cire, mais elle emprunte à l'image les proportions et les lignes. C'est une cire qui, bien que portant la forme d'une future statue en bronze, est toujours prête à en porter la forme d'une autre.

La promesse garde ses principaux caractères de contrat indépendant, mais elle emprunte quelque chose à la nature du contrat dont elle porte les bases de formation. Ainsi, la promesse de société sera viciée par les mêmes vices de consentement, qui rendent annulable le contrat de société. L'erreur sur la personne, qui suffit à faire annuler le contrat de société, suffira à empêcher sa formation, à rendre annulable la promesse de société.

c) *Le dol* est souvent invoqué en justice pour faire annuler le contrat de société. Souvent on emploie des manœuvres dolosives pour convaincre quelqu'un de former une société. Souvent aussi le bénéficiaire de la promesse de

(7) Hémar^d. Des nullités de société et des sociétés de fait, p. 125.

société emploiera des manœuvres dolosives, des allégations mensongères pour convaincre le promettant à s'obliger. Certes ! il préférera former, tout de suite, la société, mais il n'en agira pas moins pour se la faire promettre.

L'art 1116, C. civ., laisse au juge la faculté de décider quelles manœuvres sont dolosives.

M. Hémar (8) nous donne un aperçu précis et complet du dol dans les sociétés : « D'abord — dit le savant professeur — on exigera que des manœuvres aient été pratiquées, des agissements frauduleux, des déclarations mensongères, des dissimulations. Il en serait ainsi de faux renseignements, consistant en la production de fausses expertises (sur la valeur d'un minerai, la force productrice d'une usine, de l'assertion de faits inexistant, résultats de sondages qui n'ont pas été faits, indication de mérites d'un brevet non susceptible d'exploitation par suite de l'existence d'un brevet antérieur) de la production de faux bilans (indications de bénéfices antérieurement réalisés), alors qu'il n'y eut que des pertes), tous ces faux, tous ces faits ayant été fournis et produits aux associés, soit par voie de prospectus, soit individuellement. Mais les réticences, les renseignements vagues sur les avantages de l'entreprise et son succès probable, le silence gardé sur certains défauts de l'exploitation entreprise ne saurait constituer le dol et vicier le consentement. »

On ne saurait pas déterminer mieux et plus clairement le dol qui vicie le contrat de société. Aussi nous contentons-nous d'adopter comme viciant la promesse de société, toutes les manœuvres dolosives qui, d'après M. Hémar,

(8) Hémar, *op. cit.*, n° 75.

vicient le contrat de société. Nous croyons, de plus, qu'on doit donner au dol un sens plus large dans la promesse de société. Même les réticences, les renseignements incomplets ou inexacts, les allégations vagues et le silence gardé sur certains défauts de l'exploitation suffiront au promettant pour refuser l'exécution de la promesse, alors surtout qu'il résultera de la convention que le promettant a préféré la promesse de société pour avoir le temps de vérifier les affirmations qui lui sont faites, de se rendre compte de la situation vraie.

II CAPACITÉ

Quelle capacité doit-on avoir pour promettre valablement le contrat de société ?

Serait-il nécessaire d'avoir la capacité spéciale du contrat, qu'on promet de conclure, ou la capacité générale de contracter suffit-elle ? La question ne se pose pas, certes, en ce qui concerne les incapables absolus, les mineurs de moins de dix-huit ans, les interdits judiciaires, les aliénés internés, qui, n'ayant pas la capacité d'agir, ne peuvent pas s'obliger par une promesse de société ; mais on se demande si les tuteurs ou les curateurs ne peuvent pas agir en leur nom ?

La question se pose, également, pour les personnes qui ne sont pas absolument incapables, comme le mineur émancipé, la femme mariée non séparée de corps, qui peuvent faire des actes d'administration et même des actes de commerce isolés, qui se rattachent à l'administration.

Peuvent-ils conclure une promesse de société, ou leur faut-il la capacité spéciale nécessaire à la formation valable du contrat définitif ? Et quelle est la capacité spé-

ciale pour la formation du contrat de société?

En ce qui concerne la capacité nécessaire pour entrer en société, une distinction s'impose entre les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés à responsabilité illimitée. Pour la première catégorie, qui comprend toutes les sociétés civiles (sauf les sociétés universelles, qui nécessitent une capacité spéciale des associés), la capacité générale de contracter suffit; pour la deuxième catégorie, celle des sociétés à responsabilité illimitée, qui comprend toutes les sociétés commerciales (sauf la société anonyme et sauf la société en commandite en ce qui concerne les commanditaires), la capacité pour devenir commerçant est nécessaire (9).

Ainsi, le tuteur et le curateur peuvent, au nom des incapables, autres que le mineur émancipé et la femme mariée, faire une société civile avec le consentement du conseil de famille homologué par le Tribunal (10). Quid pour l'émancipé?

L'associé est tenu du paiement des dettes de la société dans laquelle il entre; il lui faut dès lors la capacité de s'obliger. Il résulte que le mineur émancipé, n'ayant que la capacité d'administrer, ne peut entrer en société sans être habilitéé dans les formes légales (11).

De même la femme mariée ne peut pas entrer en société sans le consentement du mari (12).

(9) Arthuys, t. I, n° 18 et suiv.

(10) Houpin et Bosvieux, t. I, n° 42; Nyssens et Corbiau, n° 34; Pont, n° 28; Baudry et Wahl, n° 61.

(11) Guillouard, Soc. n° 34; Nyssens et Corbiau, n° 30; Pont, n° 28.

(12) Houpin et Bosvieux, t. I, n° 48; Guillouard, n° 34; Pont, n° 33.

Pour les sociétés à responsabilité illimitée, l'incapacité est encore plus grande. « Les incapables absolus — dit M. Hémard — sont radicalement incapables de contracter une société dans laquelle serait engagée sans limites leur responsabilité. Il leur faudrait emprunter la capacité de leur représentant et le commerce ne peut être exercé par procuration légale » (13).

Quant au mineur de plus de dix-huit ans et à la femme mariée non séparée de corps, l'autorisation de faire le commerce ne suffit pas pour constituer une société en nom collectif ou en commandite ou pour devenir gérants dans la société en commandite par actions. « Une autorisation spéciale leur est nécessaire — dit M. Hémard — car l'autorisation donnée relativement au commerce a seulement permis au mineur et à la femme mariée de s'engager par leurs propres actes, et non de se trouver obligés solidairement et indéfiniment par des actes accomplis au nom d'une société » (14).

Que décider pour la promesse de société?

Au premier abord, il paraît que la promesse de société qui, en cas de non exécution, se résout en dommages-intérêts, peut-être conclue valablement par toute personne qui a la capacité générale de s'obliger. C'est l'opinion de Göppert (15). « Nos promesses de contrat, dit-il, suivent exclusivement leurs propres règles... De là résulte non seulement qu'elles n'ont besoin d'aucune formalité, mais

(13) Hémard, *op. cit.*, n° 77; Wahl, n° 505.

(14) Hémard, *op. cit.*, 78; Wahl, n° 508; Thaller et Percerou, n° 347.

(15) Göppert : *Zur Lehre von der pacta de contrahendo*, *Krit Vierteljahrsschrift*, t. XIV, p. 416; Coviello, n° 22.

que celui qui est capable de s'obliger contractuellement est capable pour leur conclusion en général. »

Certes, la promesse est un contrat indépendant qui oblige les parties seulement à donner leur consentement pour la formation d'un nouveau contrat; mais elle engage les parties à statuer sur ce nouveau contrat, à se rendre compte des effets que ce contrat fera naître, à déterminer ses bases, les éléments essentiels. Il reste, en réalité, la possibilité pour le promettant de ne pas consentir à la formation du nouveau contrat, mais il a engagé par la promesse sa responsabilité.

Et l'incapacité est établie par la loi pour la protection de ceux qui n'ont pas le discernement, l'expérience des affaires. Or, quelle protection exerce la loi si on permet au mineur émancipé, qui ne peut pas entrer en société, de prendre l'obligation de le faire plus tard. Evidemment il n'est pas encore entré en société; mais il s'est déjà prononcé sur les avantages et les désavantages de la société, et c'est justement cette capacité que la loi ne lui reconnaît pas. Il en résulterait un non-sens plus évident si l'on suppose que le bénéficiaire veuille lui demander l'exécution de la promesse pendant la minorité. Il ne peut pas exécuter sa promesse parce que la loi lui interdit d'entrer en société. Peut-on décider que le juge doit le condamner à payer des dommages-intérêts au bénéficiaire parce que la loi lui interdit d'exécuter son obligation? Il est nécessaire, donc, que le promettant ait, pour s'engager valablement à faire la société, la capacité même de conclure le contrat de société.

Ainsi, le tuteur et le curateur ne peuvent pas, au nom des incapables qu'ils représentent, promettre la conclusion d'une société à responsabilité illimitée. Quant au mineur

émancipé et à la femme mariée, non seulement leur capacité d'administration ne leur suffit pas, mais même s'ils ont l'autorisation de faire le commerce en général, il est prudent d'avoir une autorisation spéciale pour promettre la conclusion d'une société à responsabilité illimitée.

A côté de l'incapacité, la loi parle des empêchements de faire une société.

« Le consentement des parties — disent Aubry et Rau (16) — suppose d'ailleurs, non seulement qu'ils sont capables de contracter, selon le droit commun, mais encore que le contrat de société est possible entre elles. C'est ainsi que les époux communs en biens ou non, ne peuvent s'associer ».

La loi interdit la société entre époux et entre époux et un tiers (17) pour l'ascendant que le mari peut avoir sur la femme, dont il peut profiter pour lui faire conclure une société onéreuse, et pour les irrégularités qui peuvent naître de la gestion du mari pendant le mariage, le contrôle de la femme étant à peu près inexistant. C'est la même idée de protection ! Nous n'insistons plus !

III OBJET

L'objet de la promesse de société est l'obligation de faire le contrat de société. Cette obligation n'est valable que si les parties ont arrêté les bases sur lesquelles va se constituer la société.

Quels sont les éléments de la société qui constituent les bases de sa formation ?

(16) Aubry et Rau et **Bartin**, 5^e éd., t. VI, p. 3.

(17) **Wahl**, n^{os} 509 et 510.

Le Code civil dans son article 1832 donne cette définition de la société : « Un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter », définition qui est complétée par l'art. 1833 : « Toute société doit... être contractée pour l'intérêt commun des parties. Chaque associé doit y apporter de l'argent ou d'autres biens ou son industrie ».

Il résulte de cette définition que, en dehors du consentement et de la capacité, le contrat de société doit réunir les éléments suivants :

1. Un apport social pour chaque associé;
2. La société doit être faite en vue de réaliser des bénéfices;
3. Les bénéfices doivent être partagés entre les associés;
4. Chaque associé doit supporter les pertes;
5. Un lien de collaboration active doit naître de leur engagement (18).

Dans une note, sous l'arrêt de la Cour de Lyon, du 22 février 1899, M. Lacour (19) définit avec une clarté remarquable la nécessité de déterminer les bases de la société dans la promesse même de contracter : « Si les parties n'étaient pas d'ores et déjà d'accord sur ces bases, leur contrat manquerait de la précision indispensable pour la formation d'un lien juridique. Chacune d'elles pourrait se faire de bonne foi une conception différente de la

(18) Ce lien de collaboration résulte mieux de l'art. 530, 1^{er} al. du Code Suisse des obligations : « La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun ».

(19) D., 1900 II 369, note Lacour.

société future et le jour où cette divergence se manifesterait, on ne pourrait imputer à aucune d'elles d'avoir manqué à sa parole. »

Quels sont les éléments essentiels qui forment les bases de la société future, éléments que les parties doivent déterminer dans la promesse de société, sous peine de n'avoir rien conclu?

Certes, les éléments essentiels sont tous nécessaires à la validité du contrat de société, mais il en est qui, dans l'absence des parties de les avoir déterminées, sont suppléés par les dispositions précises de la loi.

La jurisprudence se montre souvent indécise sur la validité de la promesse de société, lorsque les parties n'ont pas déterminé quelques-uns des éléments essentiels à la formation de la société. Elle est généralement plus exigeante, à cet égard, que la doctrine.

a) On décide généralement — malgré quelques rares arrêts qui y ont vu un motif de nullité (20) — que la promesse de société dans laquelle les parties n'ont pas déterminé leur part de bénéfices et pertes, reste valable. Dans leur silence, les parties sont présumées avoir voulu se rapporter aux dispositions de l'article 1853, C. civil., qui décide que, dans le silence de l'acte de société, la part de chacun sera proportionnelle à sa mise dans le fonds social (21).

b) La jurisprudence est beaucoup plus indécise sur la validité de la promesse dans laquelle les parties n'ont pas

(20) Paris, 24 fév. 1860, j. t. com. 1861, 216; Toulouse, 22 juin 1872, S., 1873 II 169.

(21) Paris, 8 mars 1884, D. 885 II 247; Paris, 7 nov. 1887, j. t. com. 868, 454, Lacour, note précitée.

déterminé la durée de la société.

Le Tribunal de commerce de Marseille (22) déclare nulle et dénuée d'effets une société commerciale dont la durée n'a pas été fixée. Les motifs de cette décision sont clairement exposés dans un arrêt de la Cour de Lyon (23) : « En matière de société commerciale — décide la Cour — la durée de la société est un élément essentiel du contrat et doit, à peine de nullité, être fixée par les parties. L'art. 1844 C. civ. qui, à défaut de la convention, donne à la société une durée légale, n'est point applicable aux sociétés commerciales et le juge est sans pouvoir pour compléter à cet égard un contrat que les parties ont volontairement laissé imparfait (C. com. 18). Les conventions intervenues dans de telles conditions ne contiennent donc ni un pacte de société obligatoire, ni une promesse de société ayant la même force que le contrat, ni même une simple obligation de faire. »

Il résulte par une argumentation a contrario, que la promesse de société civile serait valable si les parties n'ont pas déterminé la durée de la société, l'art. 1844 C. civ. suppléant à leur absence. Mais l'opinion des arrêts, qui exigent la détermination de la durée par les parties contractantes a été repoussée, avec raison, par une partie de la jurisprudence et de la doctrine (24).

(22) Marseille, riter. 1900, j. soc., 1900, 375.

(23) Lyon, 24 juin 1870, S. 871 II 70; Paris, 7 nov. 1867; Bruxelles, 23 fév. 1873, Vasi, 874, 124; Vavasseur, t. I, n° 267.

(24) Paris, 8 mars 1884, j. t. com. 884, 672, D. 885 II 247; Trib. Bar-sur-Seine, 2 juin 1899, j. soc. 899, 437; Pont, t. I, n° 830; Lacour, note précit.; Houpin et Bosvieux, t. I, n° 58; Thaller et Pic, t. I, n° 442, note 2.

L'art. 18 C. com. déclare les sociétés commerciales soumises aux dispositions du Code civil, aux lois particulières au commerce et aux conventions des parties. Or, comme il n'y a pas dans les lois particulières des dispositions spéciales sur la durée des sociétés commerciales, et, en l'absence d'une convention des parties, la durée sera déterminée, — l'art. 18 C. com. l'exige même, — par les dispositions des articles 1844 et 1865 C. civ.

c) On est, au contraire, d'accord pour décider que la promesse de société, dans laquelle ne sont pas déterminés les apports respectifs des contractants et l'objet de la société, n'a aucune force obligatoire. « Les seules — dit M. Lacour (25) — qui aient un caractère de nécessité absolue et à l'absence desquelles il serait impossible de suppléer, paraissent être, d'une part, l'objet de l'exploitation sociale, et, d'autre part, les apports à effectuer pour chacun des associés. La promesse de société dans laquelle on aurait négligé de spécifier ces deux points n'aurait pas de signification ni de valeur juridique. »

Ainsi, l'objet de la société et les apports respectifs de chaque contractant sont deux éléments que les parties doivent nécessairement déterminer dans la promesse de société.

d) Mais que doit-on décider de l'intention des parties de faire naître un lien de collaboration active, élément nécessaire à la validité du contrat de société?

Il n'y a pas de doute que les parties, pour contracter valablement la promesse de société, doivent avoir l'intention de

(25) Note précit. ; Gand, 10 fév. 1882, D 84 II 142, Par. 1882, 265 ; Perroud, note S. 1912 I 217.

faire un contrat comportant tous les éléments essentiels à la formation de la société. De l'intention de former une société, ce qu'on appelle *affectio societatis*, nous dégageons la notion de collaboration active de tous les membres de la société, collaboration qui est basée, au moins dans les sociétés de personnes, sur leur confiance mutuelle, leurs aptitudes, leurs relations, etc.

La considération des qualités personnelles des associés fait attacher une grande importance à la participation dans la société, de l'individu même, qu'on a eu en vue en contractant. Ce sont des considérations qui déterminent les parties à faire la société, qui constituent la cause du contrat.

Doit-elle exister, cette considération, au moment de la promesse? Il nous semble que la question ne souffre pas de discussion.

Le contrat de promesse est, en réalité, valable par ses conditions propres. Il trouve sa validité dans la volonté de contracter du promettant; mais cette volonté doit porter sur les éléments essentiels de la société. Or, un élément essentiel et spécial au contrat de société, c'est l'intention des parties de collaborer activement. Sans cette intention, il n'y a pas de contrat de société. Et nous allons voir aux effets de la promesse que c'est justement par suite de cet élément intentionnel, qui est l'expression de la volonté de s'obliger en toute confiance à collaborer pendant toute la durée de la société, que le bénéficiaire ne peut pas arriver par une exécution forcée à une satisfaction plus appropriée du but de la promesse et qu'il doit se contenter de demander des dommages-intérêts (26). Si l'intention de collaborer

(26) Voir Chap. III, Sect. I.

n'existait pas au moment de la promesse, le bénéficiaire ne pourrait pas même conclure aux dommages-intérêts, faute d'engagement valable de la part du promettant.

e) Il a été décidé que les contractants doivent déterminer dans la promesse de société même, les éléments spéciaux à quelques sociétés, notamment la raison sociale de la société en nom collectif (27). Nous croyons qu'il n'y a pas là un motif de nullité. L'art. 21 C. com. donne une indication suffisante : « Les noms des associés peuvent seuls faire partie de la raison sociale ». De même l'art. 23 C. com., décide que le nom social d'une société en commandite doit être nécessairement celui d'un ou plusieurs des associés responsables et solidaires.

Ainsi, les éléments essentiels à la formation de la société dont ils forment la base nécessaire et suffisante et que les parties doivent déterminer dans la promesse même de société sont : l'objet de la société, les apports et l'intention de collaborer activement.

IV CAUSE

L'art. 1128 C. civ. exige comme quatrième condition essentielle à la validité d'une convention, une cause licite dans l'obligation, condition très discutée dans la doctrine et même rejetée par d'éminents auteurs (28), mais dont les tribunaux, au contraire, ont toujours fait une large application dans le partage de la justice.

La cause n'est pas la même dans tous les contrats unila-

(27) Anvers, 5 mai 1862, jur. Anvers 1862, 232.

(28) Planidal, 7^e éd., t. II, nos 1037 et suiv.; Laurent, t. XVI, n^o 111; Larombière, Théorie et pratique des obligations, t. I, art. 1131.

téraux. D'après M. Capitant, elle est « tantôt le désir de rendre service, tantôt la poursuite d'un but intéressé » (29).

La cause licite dans l'obligation du promettant c'est le but qu'il se propose. « Le propriétaire — dit M. Capitant (30) — qui promet à une personne de lui vendre sa chose à tel prix, pendant un laps de temps déterminé, si elle veut l'acheter, se propose pour but la vente définitive; et de même, celui qui promet au propriétaire d'un bien de le lui acheter à tel prix ». La cause, quoique la même dans toutes les promesses de contrat, diffère dans chaque espèce parce qu'elle est influencée par la nature du contrat qu'elle a comme objet. La promesse de société, comme le contrat de société, se forme *intuitu personae*. Cet élément qui est essentiel dans la formation de la promesse comme du contrat de société s'incorpore à la cause de l'obligation du promettant et de l'associé. Le promettant s'oblige à faire la société avec le bénéficiaire en raison de ses connaissances ou de ses aptitudes et non pas avec ses ayants-cause.

Donc, la cause de l'obligation, dans la promesse unilatérale de société, c'est le but poursuivi par le promettant (la formation de société) et la considération de la personne du bénéficiaire.

La cause ainsi définie est indispensable pour déterminer les effets de la promesse de société.

Quelle est la cause dans la promesse bilatérale de société?

Pour répondre à cette question il n'y a qu'à s'en rapporter à la nature de la promesse bilatérale de société.

(29) Capitant : *De la cause des obligations*, 1923, n° 26.

(30) *Op. cit.*, n° 28.

Comme elle n'est pas la même que dans les contrats synallagmatiques (31), nous nous contenterons de dire que les obligations de deux parties contractantes ont chacune pour cause celle-là même que nous avons déterminée pour la promesse unilatérale de société.

§ 2 *Condition spéciale à la promesse de société*

Le délai d'exécution

En dehors des éléments nécessaires à la validité de tout contrat, la promesse de société contient un élément spécial : le délai dans lequel le bénéficiaire peut demander au promettant la conclusion du contrat définitif.

De par sa nature même, l'obligation qui résulte de la promesse de société doit être de courte durée. Dans la promesse unilatérale, l'une des parties est tenue par le contrat, l'autre ne s'oblige à rien ; il n'y a de droit qu'en faveur de celle-ci, sans que ce droit tout spécial entraîne, comme dans les autres contrats, l'obligation de recevoir l'exécution de l'obligation du débiteur. Dans la promesse bilatérale de société, les deux parties s'obligent réciproquement et toutes les deux ont le droit de demander la conclusion du contrat définitif. Dans l'une et l'autre promesse, il existe un état d'incertitude qu'on ne saurait trop prolonger sans priver de la liberté d'agir celui qui s'oblige. En outre, dans la promesse de société, les parties ont pu avoir en vue les conditions favorables au développement de la société (l'en-

(31) Voir *infra*, Chap. III, Sect. I^{re}.

couragement de l'Etat, l'abondance de la matière première, le large débouché des produits, comme après la grande guerre, pour les sociétés qui ont rapport à la reconstruction des régions dévastées), conditions qui peuvent disparaître.

Aussi le promettant n'acceptera-t-il pas volontiers de se lier indéfiniment. Le bénéficiaire de la promesse de société aura donc toujours un délai pour se décider à demander la conclusion du contrat définitif, délai qui limite son droit. Ce délai expiré, le bénéficiaire ne pourra plus exiger la conclusion du contrat de société.

« Lorsque — disent Aubry et Rau (32) — une promesse unilatérale de vente ou d'achat a été faite avec limitation de temps, le promettant est déchargé de plein droit de son obligation, si l'acceptation n'est pas intervenue avant l'expiration du délai ». Il en est de même pour la promesse de société.

Le code autrichien exige pour la validité des contrats préliminaires la détermination expresse d'un délai d'exécution. « La stipulation — décide son article 936 — par laquelle on convient de conclure un contrat dans l'avenir n'est obligatoire que lorsqu'on a déterminé l'époque de la conclusion, ainsi que les conditions principales du contrat. L'accomplissement de semblables promesses doit être poursuivi au plus tard dans l'année qui suit le terme fixé : dans le cas contraire le droit est éteint. »

Le principe de l'art. 936 du Code autrichien est conforme au caractère d'engagement préliminaire qui est de l'essence

(32) Aubry et Rau, 5^e éd., t. V, p. 9 ; Pothier, Vente n° 480 ; Marcadé, t. VI, art. 1589 ; Laurent XIV, n° 18 ; Baudry et Saignat, nos 70 et 77.

même de la promesse de contrat et à l'intention des parties. On ne saurait concevoir une promesse de contrat sans délai d'exécution. L'opinion de M. Leduc (33), d'après laquelle la promesse de contrat est soumise à la prescription de 30 ans, établie par l'art. 2262, C. civ., pour toutes les actions réelles ou personnelles, auxquelles ne s'applique pas une prescription plus courte, n'est pas admissible.

Nous estimons que la promesse de contrat, par son caractère spécial de contrat préliminaire, non seulement n'est pas soumise à la prescription de 30 ans, mais que le délai est un élément essentiel à son existence, sans toutefois aller si loin que le Code autrichien, qui exige sa détermination expresse. Le délai peut résulter de l'ensemble des dispositions de la promesse de contrat. C'est l'opinion admise généralement. « Celui auquel la promesse a été faite — lisons-nous dans le traité d'Aubry et Rau (34) — peut, à chaque instant, durant le délai expressément ou implicitement fixé à cet effet, la convertir en une promesse de vente synallagmatique ». Les auteurs parlent incidemment de la forme que le délai peut avoir dans la promesse de contrat, mais les termes qu'ils emploient : « durant le délai expressément ou implicitement fixé » ne laissent aucun doute que, faute d'une disposition précise comme dans le Code civil autrichien, la promesse de contrat est valable même si les parties n'ont pas fixé expressément le délai,

(33) Leduc, op. cit., p. 45.

(34) Aubry et Rau, 5^e éd., t. V, p. 6 ; cette idée est directement exprimée par Coviello, op. cit. n° 25. « E chiaro che se, nel contratto preliminare, non è fissato il tempo in cui si dovrà procedere al contratto definitivo, bisognerà secondo le circostanze desumere la durata del contratto dalla indagine della menti dei contraenti » ; Giorgi, op. cit., t. III, n° 152.

car celui-ci existe implicitement et résulte de l'ensemble des dispositions du contrat.

D'accord sur la validité de la promesse de contrat sans délai exprès d'exécution, les auteurs se séparent sur les moyens de le déterminer et même sur les conséquences de son absence.

Nous allons suivre la discussion à propos de la promesse de vente, la question s'étant souvent posée.

Dans une *première opinion*, M. Devilleneuve, sous une décision de la Cour de Cassation (35), soutient, conformément à la décision de la Cour suprême, que la promesse de vente peut être retirée tant qu'elle n'a pas été acceptée, quand le délai d'acceptation n'a pas été déterminé expressément. « Nul doute, à nos yeux, dit-il, que la promesse n'ait pu être retirée tant qu'elle n'avait pas été acceptée ». Et logique dans son raisonnement, l'auteur admet que le promettant peut fixer, quand il veut, un délai, dans lequel le bénéficiaire doit se décider à demander la formation du contrat définitif sous peine de voir son droit s'éteindre à l'expiration de ce délai. « Si, continue-t-il, l'on accorde que l'auteur de la promesse sans délai préfixe pour l'acceptation, peut la révoquer, tant que cette acceptation n'est pas intervenue, nous ne voyons pas comment on pourrait lui refuser le droit de fixer plus tard un délai pour l'acceptation. »

M. Devilleneuve et la Cour Suprême font une grande confusion, entre la promesse et la pollicitation. La promesse est un contrat qui fait naître un lien juridique, lien qui ne peut être changé sans le consentement des deux

(35) Cass. 12 juill. 1847, § 848 I 181.

parties contractantes. Par suite, il peut d'autant moins être annihilé par la volonté d'une seule partie. L'art. 1134, C. civ., est catégorique : « Elles (les conventions) ne peuvent être révoquées que du consentement mutuel de ceux qui les ont faites ».

Dans une *deuxième opinion* (36) il a été décidé que le promettant, qui a fait une promesse sans limitation de temps, peut fixer lui-même un délai et sommer le bénéficiaire de se prononcer dans ce délai. Le délai passé, sans que le bénéficiaire se soit prononcé, le promettant sera libéré de son obligation. « Le sieur C... (le promettant) — décide la Cour de Bourges (37) — n'aurait pu exprimer légalement sa volonté de se dégager de la promesse que par une sommation ou tout autre acte équivalent, qui aurait mis la commune (le bénéficiaire) en demeure de déclarer si oui ou non elle entendait profiter de la promesse, qui lui avait été faite, en lui imposant un délai passé lequel, l'obligation du promettant aurait été considérée comme non avenue. »

Dans ce système, tout comme dans le premier, le promettant a le droit, en ajoutant une simple sommation, d'annihiler à son gré l'obligation qu'il a contractée. La sommation n'apporte pour nous, aucune atténuation à ce droit exorbitant. Il mérite dès lors les mêmes critiques.

Dans une *troisième opinion*, dont l'origine remonte à Pothier (38), le délai joue un rôle important ; s'il est fixé

(36) Duranton. Cours de droit français suivant le code civil, t. XVI, n° 58 ; Tropolong. — De la vente, t. I, n° 117. Cass. 12 juill. 1847, § 847 I 181.

(38) Pothier, Vente n°s 481 et suiv.

il limite le droit du bénéficiaire ; mais s'il n'est pas fixé le promettant est lié indéfiniment, sauf la prescription légale. Cette opinion n'attribue pas au délai l'importance d'un élément caractéristique de la promesse du contrat ; pourtant, elle reconnaît au promettant, s'il n'y a pas de délai préfixe, le droit de s'adresser au juge pour fixer un délai, dans lequel le bénéficiaire doit demander l'exécution de la promesse ; ce délai expiré la promesse de contrat s'éteint.

La possibilité donnée au promettant de se libérer ne se concilie pas avec l'affirmation qu'il est tenu indéfiniment, si la promesse ne contient pas un délai exprès d'exécution ; car si la promesse a le caractère d'un contrat soumis à la prescription légale, le juge ne peut intervenir que pour constater un fait légal : la prescription. Il ne peut pas changer le caractère d'une convention, enlever au bénéficiaire le droit indéfini de demander l'exécution de l'obligation, droit qui lui a été conféré par le promettant dans un contrat. Si le juge intervient, et c'est notre opinion aussi, c'est que le caractère même de la convention le lui permet. Il intervient non pour fixer arbitrairement un délai, mais pour déterminer par l'interprétation de la convention celui que les parties ont en vue en contractant, ou tout au moins celui dans lequel le bénéficiaire peut raisonnablement, vu les motifs pour lesquels il n'a pas contracté tout de suite, prendre un parti.

La promesse de contrat, de par sa nature même, contient un délai, que celui-ci ait été ou non déterminé par les parties. *S'il n'a pas été fixé de délai, qui limite le droit du bénéficiaire, le promettant peut le mettre en demeure d'accepter dans un certain délai, et si celui-ci ne prend aucune résolution, d'en appeler au juge pour déterminer le délai, dans lequel l'acceptation du bénéficiaire devra intervenir.*

Dans le même sens, sur la procédure à suivre par le promettant pour déterminer le délai, se prononce la grande majorité de la doctrine et de la jurisprudence (39).

Mais que doit-on décider lorsqu'un temps considérable s'est écoulé depuis la promesse et que le bénéficiaire vient à demander au promettant la conclusion du contrat définitif ? Le juge sera-t-il tenu de condamner le promettant à exécuter sa promesse pour le motif qu'il n'y a pas de délai préfixe et que le promettant n'a pas sommé le bénéficiaire et n'a pas demandé au juge de fixer le délai ? Nous croyons que le juge n'a pas à fixer un délai plus ou moins long ; son rôle se borne à sa détermination par l'interprétation de l'ensemble des dispositions de la convention. Il est libre, dès lors, de décider que le délai dans lequel le bénéficiaire pouvait agir valablement est expiré, et que le promettant est libéré de son obligation.

Il a été jugé dans ce sens (40), que les parties ont tacitement renoncé à leur convention, s'il s'est écoulé un temps considérable depuis la conclusion du contrat, sans que le bénéficiaire en ait demandé l'exécution. Cette jurisprudence repose, en réalité, sur l'idée d'une renonciation tacite d'un *mutuus dissensus*, à l'expiration du délai. Cette renonciation est admise sans discussion si les parties ont fixé un délai exprès.

Nous concluons que le délai, dans la promesse de contrat, et par suite dans la promesse de société, n'est pas une

(39) Aubry et Rau, 5^e éd., t. V, p. 9 ; Baudry et Saignat, n^{os} 70 et 77 ; Colmet de Senterre, t. VII, 10 *bis*, 11 et 12 ; Nîmes, 8 juin 1871, D. 872 II 21.

(40) Paris, 28 mars, p. 96 II 87 ; Cas. (req.), 13 août 1872, D 874 I 77 ; Guillouard, t. I, 86 ; Pothier, Vente n^o 480 ; Baudry et Saignat, n^{os} 70 et 77.

simple modalité, qui se greffe sur un contrat déjà valable ; il fait partie intégrante du contrat, qu'il soit expressément ou implicitement déterminé.

Il est du reste bien entendu que sur la promesse de contrat, comme sur tout autre contrat, on peut greffer les modalités : terme et condition. Elle sera régie par les dispositions du Code civil sur les modalités.

Il n'y a aucune confusion à faire entre la condition potestative *si volet*, qui est de la nature même de la promesse de contrat et la condition suspensive, modalité greffée sur le contrat qui réunit déjà toutes les conditions essentielles à sa validité. La condition suspensive, greffée sur la promesse de société, fait dépendre la formation du contrat définitif, d'un événement futur et incertain, si le bénéficiaire se décide, dans le délai fixé, à contracter. On voit moins d'application pour la condition résolutoire. Il n'existe, à notre connaissance, aucun cas dans la jurisprudence. Elle n'aurait d'ailleurs aucune raison d'être, vu que la promesse est un contrat préparatoire du contrat définitif. Elle peut être insérée non comme modalité, mais comme base à la formation du contrat définitif.

Le terme résolutoire se confond avec le délai d'exécution, qui limite le droit du bénéficiaire de la promesse.

Du terme suspensif comme de la condition suspensive dépend la formation du contrat définitif. Même s'il se décide à contracter, le bénéficiaire ne peut pas exiger la constitution de la société avant que le terme soit expiré.

SECTION II

Forme et preuve de la promesse de société

Les contrats se forment, d'après les principes généraux du Code civil, par le seul consentement des parties. Pourtant le Code fait des exceptions, en exigeant, pour la validité de quelques contrats, en raison de leur importance, que le consentement soit manifesté dans des formes solennelles. En outre, et cela se rencontre bien souvent, le législateur a déterminé les conditions dans lesquelles pourra se faire la preuve du contrat.

La question de savoir si la promesse de contrat doit être établie dans la forme prescrite pour la validité du contrat qu'elle a comme objet, ou doit être indistinctement régie par les dispositions générales en matière d'obligations, a fait l'objet de longues discussions dans la doctrine et la jurisprudence.

Dans *une première opinion* (41), le contrat préliminaire doit réunir tous les éléments essentiels du contrat définitif, même la forme prescrite par la loi.

Une seconde opinion (42), tout à fait contraire, soutient que la promesse est un contrat absolument indépendant, qui

(41) Windscheid-Pand. § 310.

(42) Goppert, op. cit., p. 414. Le raisonnement de Göppert part de l'idée, sujette à critique, que l'avant-contrat fait naître à la charge du promettant une obligation de faire, résoluble toujours, en cas de non exécution volontaire, en dommages-intérêts ; ce qui marque pour lui suffisamment les caractères d'une obligation tout à fait indépendante, régie par les dispositions du code, relatives aux obligations de faire.

a ses règles spéciales, conformes dans ce cas aux dispositions générales du droit ; en conséquence, elle se forme par le seul consentement des parties.

Dans *une troisième opinion* (43), qui nous paraît non seulement une transaction entre les deux premières, mais conforme au rôle de la promesse, qui doit être un instrument souple et facilement maniable, sans toutefois aller contre la volonté du législateur et priver la conclusion de certains contrats de la garantie qu'il a jugé nécessaire en instituant des formalités solennelles, d'éminents auteurs distinguent la forme prescrite par la loi pour sauvegarder la liberté des contractants et la forme établie pour faciliter la preuve ; ce qui revient à une distinction entre les contrats solennels et tous les autres contrats simplement consensuels.

Seule la promesse des contrats solennels ne peut pas être conclue sans les formes prescrites pour le contrat même. « Dans ce cas, en effet — dit M. Meynial (44) — promettre d'accomplir l'acte c'est enchaîner sa liberté et s'interdire par avance de se refuser à l'entière perfection de cet acte. »

Pour la validité de toutes les autres promesses, les formalités établies par la loi pour la preuve du contrat, qu'elles ont pour objet, ne sont pas nécessaires.

(43) Ed. Meynial : De la sanction civile des obligations de faire et de ne pas faire. Extrait de la Revue pratique de droit français, 18, p. 24 ; Leduc, op. cit., p. 55 et suiv. ; Regelsberger, p. 40.

(44) Ed. Meynial, art. cit. p. 24. En conséquence, la promesse de contrat solennel (sauf le contrat de mariage) est à peine usitée. Voir Leduc (op. cit. p. 55 et suiv.) pour l'intérêt qu'on peut encore avoir dans une pareille promesse.

La promesse est un contrat indépendant du contrat définitif. Elle est soumise, quant à la validité et à la preuve, aux dispositions générales en matière d'obligation. Elle définit les bases du contrat qu'elle a comme objet en n'empruntant pour sa propre validité que les dispositions spéciales de formation de ce contrat (comme la capacité des contractants) et non pas les dispositions spéciales de preuve. Ainsi, quand la forme du contrat est exigée comme un élément essentiel de sa validité (la solennité pour les contrats solennels), elle sera nécessaire même à la validité de la promesse de ce contrat ; mais toutes les fois que la forme est établie pour la preuve du contrat, il n'y a pas à l'exiger pour la validité de la promesse qui trouve des dispositions précises dans les dispositions générales des codes sur la preuve des contrats.

Les formalités des art. 1834 c. civ et 39 c. com., ne sont pas imposées pour sauvegarder la liberté des contractants ; mais pour la preuve du contrat. (45)

En conséquence, la promesse de société est conclue par le seul consentement des parties sans aucune des formes exigées pour le contrat de société (46).

(45) Le code de commerce (art. 39) est plus exigeant que le code civil quant à l'écrit, dans ce sens que les parties ne disposent pas de la preuve testimoniale pour prouver le contrat même entre elles. De ce fait, on a soutenu que l'écriture est de l'essence de la société (Paris 24 fév. 1860, D. 860 II 84 ; Toulouse 22 juin 1872, S. 73 II 169), opinion repoussée par la majorité des arrêts (Cass. 31 mai 1859, j. t. comm. 859, 472 ; Limoges 15 juin 1895, D 897 II 276 ; Paris 11 nov. 1905, R. Soc. 1906, 105).

(46) C. Imp. Paris 22 mars 1860, j. t. com. 860, 287 ; Bruxelles 20 fév. 1836 Pasi-belge 1836, 39 ; Paris 8 mars 1884, D. 85 II 247 ; Trib. com. Seine 27 juillet 1904, R. Soc. 905, 72, j. Soc. 905, 247 ; Paris 11 nov. 1905, R. Soc. 906, p. 150 ; Cass. 19 fév. 1907, j. Soc. 907, 727.

Cette solution, qui n'est plus contestée aujourd'hui, ne s'est pas imposée sans quelques hésitations dans la jurisprudence. Sur le motif que l'écriture est de l'essence de la société, il a été jugé que la promesse, qui n'est pas constituée dans les formes prescrites pour le contrat de société, est nulle et ne peut pas donner lieu à des dommages-intérêts.

La Cour de Toulouse (47) donne encore d'autres raisons plus générales : « Il faut reconnaître — dit la Cour — que la promesse de société se confond dans son existence juridique, avec la société elle-même ; que par suite on ne peut la considérer comme obligatoire qu'autant qu'elle a été faite par écrit et qu'elle renferme les indications de tous les éléments qui sont de l'essence de la société elle-même ».

Le raisonnement de cette jurisprudence n'a pas été probant. « Si les articles 1834 c. civ. et 39 c. comm. — décide une récente sentence du Tribunal de commerce de la Seine (48) — exigent que toute société soit constatée par un acte écrit, il ne saurait en être de même de la promesse de constituer une société ; une promesse d'association, caractérisée par des clauses précises sur la nature et l'objet de la

(47) Toulouse 22 juin 1872, D. 72 II 156, § 73 II 169 note Labbé ; Paris 24 fév. 1860, D. 860 II 84.

(48) Trib. com. Seine 29 juill. 1921, J. Soc. 922, 402. Pour M. André Vienot, annotateur de cette jurisprudence dans le journal des Sociétés, la motivation des arrêts que « la promesse de société ne se confond pas dans son existence juridique, avec la société qu'elle a pour objet » ne suffit pas pour la soustraire aux formalités exigées pour le contrat de société. Il cherche la justification dans le caractère de la promesse, qu'il analyse comme obligation de faire, résoluble en dommages-intérêts. M. Vienot n'a pas le souci d'une règle générale (toute promesse de contrat ne se résout pas forcément en dommages-intérêts) encore que ce surplus de justification soit inutile même pour la promesse de société.

société, sur sa durée et sur la répartition des bénéfices et des pertes, ne peut se confondre, dans son existence juridique, avec la société qu'elle a pour objet ».

La solution de la jurisprudence, qui dans l'espèce du Tribunal de commerce se rapporte à la promesse d'une société en commandite simple, est fort exacte ; *mais nous tenons à remarquer, que la différence entre la constitution par écrit d'une société civile (art. 1834, c. civ.) et la promesse de société civile, est inutile !* L'art. 1834 c. civ., en exigeant la rédaction par acte écrit du contrat de société quand l'objet dépasse la valeur de 150 francs, ne fait que rééditer l'art. 1341 c. civ. sur la preuve.

« La preuve testimoniale — décident les deux articles — n'est point admise contre et outre le contenu, en l'acte de société (le contenu aux actes (art. 1341), ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors et depuis cet acte (les actes) encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de 150 francs (49).

De ce que la promesse de société est régie, quant à la preuve, par les articles 1834 ou 1341 c. civ., il y a à dégager les conséquences suivantes :

1° L'existence de la promesse peut être prouvée par témoins quand son objet n'excède pas 150 francs. La détermination de la valeur de l'objet de la promesse sera faite, par analogie avec les contrats de société (50) d'après le montant de l'ensemble des apports.

(49) Sur le motif qui a déterminé les rédacteurs du code civil de rééditer l'art. 1341 dans les dispositions relatives aux sociétés. Voir Thaller et Pie, t. I, n° 227, note 1.

(50) Aubry et Rau, 5^e al., t. VI, p. 16, note 2 ; Baudry et Wahl, n° 36, Arthuys, t. I^{er}, n° 181. Pont n° 145.

2° Au-dessus de 150 francs, la preuve testimoniale est recevable s'il existe un commencement de preuve par écrit, ou si le bénéficiaire est dans l'impossibilité d'administrer la preuve écrite (le titre est perdu ou détruit ou volé).

3° Les parties ne peuvent prouver contre et outre le contenu de l'acte ; mais elles peuvent recourir aux témoins pour préciser les dispositions obscures de l'acte (51).

Mais s'il n'y a pas d'intérêt à distinguer si la promesse de société civile est régie par les dispositions générales en matière de preuve ou par les dispositions rapportées en matière de société, cette distinction est autrement intéressante à faire en ce qui concerne la promesse de société commerciale. D'après l'art. 39, c. comm., les sociétés en nom collectif ou en commandite doivent être constatées par des actes publics ou sous signature privée, en se conformant dans ce dernier cas à l'art. 1325 c. civ. D'autre part, il résulte des art. 109 c. comm., 1341 dern. al. et 1353 c. civ. qu'en matière commerciale sont admises toutes sortes de preuves, notamment la preuve testimoniale, sans tenir compte du montant de l'objet du contrat. Ainsi nous avons un grand intérêt, cette fois, à considérer le principe de l'indépendance de la promesse de société quant à la preuve.

Seulement, une difficulté surgit : la promesse de société commerciale est-elle régie par les dispositions de preuve du code civil ou par celles du code commercial ? En d'autres termes, la promesse de société commerciale constitue-t-elle un acte de commerce ?

(51) Cass. 12 nov. 1902, § 1905 I 14.

Le tribunal de Gand avait à répondre à cette question. Il a jugé (52) que « la promesse de constituer une société commerciale n'est pas un acte de commerce, qu'elle ne rentre dans aucun des cas énumérés à l'art. 2 de la loi du 15 décembre 1872. Qu'à la vérité, cette promesse est le préliminaire d'un acte commercial — si toutefois l'on admet que fonder une société est un acte de commerce — qu'elle est l'engagement de faire un acte de commerce, mais qu'elle se sépare de celui-ci en ce qu'elle n'est pas l'exécution de l'acte commercial lui-même ; qu'aucune disposition légale n'attribue aux engagements préliminaires le caractère des actes commerciaux qui en sont la suite.

La motivation du tribunal de Gand ne résiste pas à la critique. Comment peut-on demander que la loi, qui ne parle nulle part des engagements préliminaires, se prononce sur leur caractère ? Ensuite, nous ne voyons pas comment, la différence que le tribunal fait entre la promesse et le contrat : « qu'elle n'est pas l'exécution de l'acte commercial lui-même » peut fournir un argument contre le caractère commercial de la promesse de sociétés commerciales. Cette différence peut être interprétée, tout au plus, dans le sens que la promesse de société n'est pas régie, quant à sa validité, par les dispositions spéciales aux contrats de sociétés commerciales. Quant à l'argument qu'elle ne rentre dans aucun des cas énumérés par l'art. 2 de la loi du 15 décembre 1872, nous ne voulons pas insister ; il nous paraît qu'on ne peut pas le soutenir en droit français.

(52) Gand 25 nov. 1896. *Rev. pratique des Soc. belg.* 1897, 132 ; Trib. de com. de Liège, 5 mars 1910. *Rev. prat. des Soc.* 1910, 186 ; Trib. de comm. de Bruxelles, 2 août 1912. *Rev. prat. de Soc.* 1913, 257.
En droit français, la question n'a soulevé aucune difficulté.

Sont aussi réputés actes de commerce, d'après l'idée qui ressort de l'énumération de l'art. 632 c. comm., les actes qui poursuivent un but commercial (53). Le but de la promesse est un acte de commerce : la conclusion d'un contrat de société commerciale. Dans ce sens s'est prononcée la doctrine et la jurisprudence. « Cette promesse — dit le tribunal de commerce de la Seine (54) — pour sa validité, n'est pas soumise aux formalités exigées pour le pacte social, et si elle constitue un contrat commercial, comme c'est le cas pour une promesse de former une société en commandite simple, où le promettant deviendrait commanditaire, elle peut être prouvée par tous les moyens admis en matière commerciale. »

Cette solution n'a pas été toujours admise. La Cour de Toulouse (55) voyait dans la validité de la promesse de société commerciale, sans les formalités prescrites par l'art. 39 c. comm., un moyen facile d'éluder la prohibition de la loi, donnant la possibilité aux contractants de faire la preuve par présomptions ou témoins. L'opinion de la Cour de Toulouse n'a pas prévalu, d'autant plus que, par ces exigences, elle confond la promesse avec le contrat même de société.

Ainsi, on admet sans difficulté que la promesse de société commerciale est un contrat de commerce, indépendant du

(53) Lyon, Caën et Renault, IX^e éd., n° 21.

(54) Trib. com. de la Seine, 29 juill. 1921, J. Soc. 922 422 ; Cass 15 déc., R. Soc. 924, 68 ; Paris 11 nov. 1905, J. Soc. 1906, 300 ; Lyon 22 fév. D 900 II 369, note de M. Lacour. Hémard, op. cit. p. 165, note 2 ; Wahl, n° 517 ; Arthuys, t. I^{er}, n° 9 ; Houpin et Bosvieux, t. I, n° 58 ; Guillouard, n° 33 ; Rousseau, 4^e éd., t. I, n° 146 ; Thallet et Pic, t. I, n° 442.

(55) D 1872 II 156.

contrat de société ; qu'elle peut être prouvée par tous moyens admis en matière commerciale ; qu'elle peut se former, en conséquence, par acte notarié (56), par acte sous seing privé, en respectant dans ce cas la formalité du double exemplaire prescrite par l'art. 132 c. civ. (57) par correspondance (58) et même oralement (59).

Nous concluons que la promesse de société est régie, quant à la forme et à la preuve, par les dispositions générales en matière civile ou commerciale suivant que le contrat qu'elle a comme objet est civil ou commercial.

(56) Gand 25 nov. 1896, Rev. prat. des Soc. belg. 1897, 132.

(57) Il est à noter que l'art. 1325 c. civ. exige « autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct » quand les actes sous seing privé « contiennent des conventions synallagmatiques ». Il sera, en conséquence, applicable seulement quand la promesse de société sera synallagmatique.

(58) Bordeaux, 28 mars 1895, J. Soc. 1896, 170.

(59) Liège, 4 juill. 1871. Pasi. 872, 355.

SECTION III

Du projet de société et de la promesse d'action

§ 1 *Projet de société*

La promesse de société qui marque l'accord de volonté de deux parties peut être considérée comme la dernière phase des tractations. Elle est obligatoire par la volonté des parties clairement exprimée.

Mais les parties n'expriment pas toujours clairement leur intention. Il arrive qu'après être parvenues à se mettre d'accord sur les principaux points de la convention qu'elles préparent, elles laissent passer un certain temps avant de reprendre les tractations pour arrêter définitivement les questions restées en suspens et conclure le contrat. Souvent les parties procèdent à la rédaction d'un acte, qui marque leur entente sur les points discutés. S'ils n'ont pas manifesté leur intention sur la nature de cet acte, il y a lieu de rechercher si c'est un simple aide-mémoire ou un lien d'ores et déjà obligatoire.

M. Faggella (60), dans une très intéressante étude pour laquelle M. Saleilles (61) a montré beaucoup d'intérêt, partage la période précontractuelle en trois phases : La première phase serait formée par les simples tractations des

(60) I periodi precontrattuali et la responsabilità precontrattuale.

(61) De la responsabilité précontractuelle. Rev. trim. 1907.

parties pour arriver à une entente sur les points principaux de la convention.

La deuxième phase marquerait l'entente des parties sur les points principaux de la convention. Elle continuerait jusqu'à ce que l'une des parties offrant à l'autre la conclusion du contrat, fasse sienne les résultats des tractations

La troisième phase serait celle de l'offre jusqu'à l'acception.

Le projet correspond à la deuxième phase de M. Faggella.

Le projet de société est le plus souvent un écrit, dans lequel les parties, après avoir passé par des phases d'élaboration (propositions, contre-propositions) ont arrêté les principales conditions de la société sans en avoir déterminé d'autres moins importantes et sans avoir manifesté leur accord sur l'ensemble des conditions.

Quelle est la valeur juridique du projet de société ? Le code civil français n'a pas de dispositions sur le projet, comme d'ailleurs sur toute la période précontractuelle.

Les législations étrangères résolvent la question de manières tout à fait différentes, même opposées.

Le code fédéral des obligations dans son art. 2 décide : « Si les parties se sont mises d'accord sur tous les points essentiels, elles sont présumées avoir entendu s'obliger définitivement, encore qu'elles aient réservé certains points secondaires, le juge les règle en tenant compte de la nature de l'affaire ». Le législateur suisse est allé trop loin en donnant force obligatoire à tout projet sans tenir compte de l'intention des parties.

Le code civil allemand, au contraire, donne une grande valeur à l'intention des parties. Son art. 154 décide : « Tant que les parties ne sont pas tombées d'accord sur tous les

points d'un contrat qui, ne fût-ce que d'après la déclaration de l'une seulement d'entre elles, devait être objet de convention, le contrat, dans le doute, n'est pas conclu. L'entente des parties sur quelques points particuliers ne suffit pas à les lier même lorsqu'elle a été suivie d'un projet rédigé par écrit ».

Certainement, cet article du code civil allemand n'est pas exempt de critique. Il laisse le caractère obligatoire du projet à l'entier arbitraire du juge. Ses dispositions sont, pourtant, préférables à celles du code suisse, parce que l'arbitraire du juge, qui se rapporte à des cas isolés, est moins à craindre que l'arbitraire de la loi, qui se rapporte à toute une catégorie de cas.

Dans son étude sur la responsabilité précontractuelle, M. Faggella (62) tend à étendre l'idée de responsabilité à toute la phase de formation du contrat !

Le droit français admet la responsabilité résultant de l'offre faite avec délai d'acceptation ; le droit allemand l'admet en tous cas.

D'après M. Faggella, cette responsabilité ne commence pas avec l'offre, elle se trouve engagée du moment que les parties sont entrées en relations. Les parties se sont engagées, dès ce moment, à continuer les tractations, à agir de bonne foi et en conformité avec l'équité commerciale. L'une d'elles ne peut pas se dédire, en interrompant les négociations où en refusant la conclusion du contrat après avoir arrêté les conditions essentielles, à moins qu'un désaccord n'intervienne, justifié par les divergences des intérêts contraires.

(62) Faggella, cit., Voir Saleilles, cité.

Elles gardent leur liberté pendant toute cette période, mais un retrait arbitraire engage leur responsabilité. Cette responsabilité serait en quelque sorte légale, puisqu'un engagement n'est pas encore intervenu entre les parties. M. Faggella ne discute pas la responsabilité résultant de la déclaration unilatérale de volonté. Sa théorie tend à confondre la troisième phase (celle de l'offre) avec les deux premières et à donner un fondement commun à la responsabilité. La théorie très intéressante dans sa construction — elle tend à élargir le champ de la promesse de contrat — manque de criterium positif pour être appliquée. Comment distinguer le retrait arbitraire du retrait légitime ?

D'après la jurisprudence française, le projet ne peut pas servir de base à une action en exécution, parce que sa réalisation est subordonnée à l'accord ultérieur des parties sur les questions laissées en suspens. « Doit être nul et sans effets — décide le tribunal de commerce de la Seine (63) l'acte qui ne renferme qu'un simple projet de société, alors surtout que la réalisation de la société était subordonnée à des conditions qui n'ont pas été réalisées et qu'il n'a reçu, d'ailleurs, aucune authenticité par l'enregistrement et les publications (C. com. 42) ».

Celui qui se voit refuser injustement la conclusion du contrat de société n'a pas droit aux dommages-intérêts ; mais le projet peut donner lieu à un règlement des dépenses faites par l'une des parties à l'occasion de ce projet.

Les parties ont pu d'ailleurs s'engager à partager ces dépenses.

(63) 17 déc. 1863, J. tr. com. 1864, 328 ; Paris, 7 nov. 1867, J. tr. com. 868, 454 ; Trib. com. Lyon, 18 juin 1909, R. Soc. 1910, 217.

C'est donc par son caractère non obligatoire que le projet diffère de la promesse de société ; il se confond encore moins avec le contrat de société commerciale qui demande, en outre, pour sa validité, la publicité prescrite par la loi du 24 juillet 1867.

Nous avons parlé du projet qui contient l'accord sur les points principaux de la société, que les parties veulent former entre elles, ce qui arrive quand il s'agit des sociétés de personnes.

Les sociétés par actions se forment par le concours simultané des actionnaires, ou par appel au public. Cette dernière forme de constitution présente une série d'actes successifs rendus obligatoires par les dispositions de la loi de 1867. Les personnes qui veulent constituer la société, se chargent de veiller à ce que toutes les conditions de la loi soient respectées ; ce sont les fondateurs. « Ils conçoivent un projet — dit M. Percerou (64) —, l'étudient, réunissent les souscriptions, créent la société anonyme ».

La durée de ces opérations s'appelle période constitutive. Elle commence par la publication des conditions essentielles à la formation de la société, signées, généralement par tous les fondateurs et finit par la réunion des souscripteurs en assemblée générale, après la souscription du capital, le versement de la totalité ou d'un quart (suivant le taux des actions), sur les souscriptions, la déclaration notariée, faite par les fondateurs sur l'état des souscriptions et les versements et la vérification des apports en nature et des avantages particuliers. D'après les lois de 1867 et de 1893, la société n'est constituée qu'à la fin de ces actes, après la

(64) Des fondateurs de société anonyme. Thèse Dijon 1896, p. 1.

nomination des administrateurs, des commissaires du contrôle et du conseil de surveillance.

La question qui nous intéresse, c'est de savoir quel est le caractère des statuts pendant la période constitutive. En d'autres termes, la société a-t-elle déjà une certaine existence, ou n'est-elle qu'à l'état de projet ?

La question est résolue en Angleterre par l'art. 16, § 2, de l'act. de 1908. Par l'enregistrement du memorandum et des statuts, suivi de la délivrance d'un premier certificat d'incorporation, la société par actions (*company limited by shares*) acquiert la personnalité morale (65). Même en l'absence d'une pareille disposition dans la loi française, des auteurs (66) reconnaissent l'existence interne de la société, donc la personnalité morale, par l'acceptation des statuts ne fut-ce que par un seul souscripteur.

« Vainement — disent MM. Thaller et Pic (67) — objecte-t-on que la naissance de l'être moral est, par la volonté de la loi elle-même, subordonnée à l'accomplissement intégral des formalités constitutives. L'objection est exacte, en tant qu'il s'agit de faire produire à la société des effets juridiques au regard des tiers ; elle ne saurait nous retenir, au contraire, dès l'instant que la personnalité interne, dont nous affirmons l'existence, doit seulement servir de point d'appui aux obligations respectives des souscripteurs et de la collectivité ».

D'autre part, les savants auteurs remarquent que l'altération clandestine du texte des statuts dans la période cons-

(65) Meliot : La nouvelle loi anglaise sur les sociétés par actions, Paris 1909, p. 263.

(66) Thaller et Percerou, n° 501 ; Lescot — Essai sur la période constitutive des personnes morales en droit privé, Thèse Dijon 1913.

(67) T. II, n° 841 ; Thaller et Percerou, n° 501.

nuler leurs souscriptions (68), elle engage même la responsabilité des fondateurs s'ils ont fait l'altération avec intention dolosive.

Nous sommes d'accord sur ce dernier point, mais nous devons remarquer que si la société a déjà une existence intérieure, l'altération des statuts non seulement ne devrait pas être possible pour les fondateurs, mais devrait, de plus, être inopérante à l'égard des souscripteurs, car la société existant déjà entre les fondateurs et les souscripteurs en vertu d'un contrat, les statuts ne devraient pouvoir être modifiés qu'avec le consentement des deux parties contractantes (c. civ. 1134).

La jurisprudence et la majorité de la doctrine n'accordent aux statuts que le caractère d'un simple projet modifiable « soit par les fondateurs — dit M. Rousseau — soit par les actionnaires en assemblée générale, d'accord avec les fondateurs jusqu'à la constitution définitive (69). »

Le projet, en droit français, est un acte nullement obligatoire et par cela même essentiellement modifiable.

Ainsi, d'après la jurisprudence et la majorité de la doctrine, la société n'a aucune existence pendant la période constitutive, d'autant plus que les statuts peuvent être constitués par acte sous seing privé et ne contiennent, souvent, que des indications générales sur la société projetée,

(68) Thaller et Pic, t. II, n° 861. En face d'une modification des statuts par les fondateurs, les souscripteurs refusent de nommer des administrateurs et font ainsi échouer la constitution de la société.

(69) Rousseau, 4^e éd., t. I, n° 1607 ; Houpin et Bosvieux, 5^e éd., t. I, n° 510 ; Arthuys, 3^e éd., t. I, p. 331 ; Seine, 16 mai 1887, J. Soc. 1888, 206 ; Lyon 16 déc. 1902, J. Soc. 1904, 154 ; Lyon 26 fév. 1903, J. Soc. 1903.

- 1 *les fondateurs laissant à l'assemblée générale le soin de les fixer définitivement.*

§ 2 *Promesse d'action*

Nous venons d'admettre, dans le paragraphe précédent, avec la jurisprudence et la majorité de la doctrine, que la société n'a aucune existence pendant la période constitutive.

Quelles sont alors les relations entre les fondateurs et les souscripteurs et quelle est la nature du contrat de souscription?

La jurisprudence et la même doctrine, qui considèrent la société en état de projet pendant la période constitutive, estiment que les fondateurs en portant à la connaissance du public les conditions de constitution de la société, ne font pas une offre, mais une simple invitation d'offrir la souscription des actions. Les souscriptions doivent être acceptées par les fondateurs, pour lier leurs auteurs (70).

Cette opinion est préférable en pratique, surtout quand les souscriptions dépassent le capital nécessaire à la constitution de la société.

Certes, dans l'opinion des auteurs (71) qui analysent la déclaration de souscrire dans l'acceptation d'une offre faite par les fondateurs, par la publication même des statuts, la réduction des souscriptions, qui dépassent le capital, n'est pas difficile à expliquer.

(70) Trib. comm. Lille, 7 janv. 1896, R. Soc. 463 ; Lyon 17 juill. 1902, J. Soc. 1903, 22 ; Arthuys, 3^e éd., t. I^{er}, n^o 322 ; Houpin et Bosvieux, 5^e éd., t. I^{er}, n^o 528 ; Rousseau, 4^e éd., t. I^{er}, n^o 1656 ; Vivante, t. II, n^o 425 ; Cosack, t. I, n^o 446.

(71) Thaller et Percerou, n^o 501 ; Thaller et Pic, t. II, n^o 874.

Les fondateurs ont offert la souscription du capital de la société; donc, les acceptations de souscrire, qui dépassent le capital, ne trouvent plus la volonté de contracter des fondateurs, et, faute d'un élément essentiel, le contrat ne se forme pas. Comme il est difficile de savoir quelles sont les acceptations intervenues après la souscription complète du capital, en pratique, on réduit toutes les souscriptions proportionnellement. Mais l'autre système présente l'avantage, pour les fondateurs, de pouvoir refuser la souscription de toute personne insolvable, ou reconnue turbulente dans les assemblées, ou ayant des intérêts contraires à ceux de la société qu'ils veulent constituer.

Les fondateurs n'offrent pas la souscription des actions; ils stipulent en faveur de la société future. On admet généralement comme valable la stipulation en faveur d'une personne non encore née, lorsqu'il y a possibilité de la future existence de cette personne.

Quant à l'objection de MM. Thaller et Percerou (72), que souvent les fondateurs n'auront pas intérêt personnel dans la société qu'ils créent, c'est une affirmation qui n'est pas soutenable. Les fondateurs auront au moins un intérêt moral qui forme une base suffisante pour justifier juridiquement la stipulation pour autrui (73).

Ainsi, la souscription est un contrat. Quel est le caractère de ce contrat?

« On entend par souscription — disent MM. Lyon-Caen

(72) Op. cit. n° 500.

(73) Colin et Capitant, 2^e éd., t. II, p. 323 ; Vivante, t. II, n° 425 ; Lambert : Du contrat en faveur de tiers 1893, p. 27.

et Renault (74) — l'acte par lequel une personne s'oblige à faire un apport pour devenir actionnaire, s'engage à faire les versements correspondants au nombre d'actions proportionnel à sa souscription. On peut donc la considérer comme un contrat synallagmatique formé entre les souscripteurs et les fondateurs représentant la société. »

M. Vivante (75) voit naître deux obligations unilatérales et indépendantes qui obligent, l'une les fondateurs à continuer la constitution de la société et à attribuer à chaque souscripteur le nombre d'actions souscrites, et l'autre, les souscripteurs à verser la valeur des actions.

Il estime que ces deux obligations naissent du même bulletin de souscription qui joue, ainsi, un double rôle; il contient en même temps l'acceptation de l'offre des fondateurs et l'offre des souscripteurs déterminée par le nombre des actions.

Il est à remarquer que, dans cette opinion comme dans la première, les fondateurs prennent l'obligation, non de donner leur consentement pour la formation du contrat de société, obligation qui naît de la promesse de société, mais de continuer la constitution de la société déjà commencée.

Quant aux souscripteurs, eux non plus, ne s'obligent pas à faire la société, mais à devenir actionnaires si la société prend existence. Leur engagement a le caractère d'une promesse de contracter en faveur de tiers, régie par les dispositions de l'art. 1121 c. civ., qui doit être interprété dans un sens large.

(74) Lyon, Caen et Renault : *Traité de droit commercial*, 3^e éd., p. 492. En même sens : Thallet et Pic, t. II, n° 873 ; Arthuys, t. I, p. 321 ; Rousseau, 4^e éd., t. I, n° 5627 ; Trib. Comm. Seine, 2 mai 1896, J. Soc. 1896, 488 ; Lyon, 12 fév. 1900, R. Soc. 1900, 303.

(75) Op. cité, t. II, n° 420 ; Voir Lescot, cit. p. 144.

La promesse sera valable toutes les fois que le stipulant aura intérêt, ce qui doit être entendu, non seulement dans un sens économique, mais même moral (76). La promesse peut intervenir toutes les fois qu'il s'agit d'un contrat (77).

Il y a donc, de la part des souscripteurs, une promesse en faveur de la société sous la condition qu'elle prenne existence, promesse qui ne les engage nullement à faire la société. Ils peuvent, non seulement s'absenter de l'assemblée générale, mais même s'opposer à la constitution de la société sans engager leur responsabilité juridique.

« Lorsque — dit le Tribunal de Commerce de la Seine (78) — la société en commandite par actions est restée à l'état de simple projet en ce que le capital exigé par la loi n'ayant pas été versé, il n'a été fait par le gérant aucune déclaration de constitution de société, les souscripteurs d'actions, n'ayant contracté d'engagement que sous la condition que la société serait constituée, ne peuvent être poursuivis en versement de leur commandite pour contribuer au remboursement des dépenses faites par le futur gérant comme administrateur d'une société de fait (c. civ. 1181).

On appelle promesse d'action le titre provisoire, que les fondateurs délivrent aux souscripteurs, tant qu'ils n'ont pas effectué le versement intégral des valeurs souscrites.

Après le versement intégral, on change la promesse d'action contre le titre définitif.

(76) Degenkolb, p. 33 ; Lambert, p. 27 ; Tartufari Contratti a favore dei terzi, § 137.

(77) Coviello, n° 11.

(78) J. Trib. comm. 1866, 151.

CHAPITRE II

EFFETS DE LA PROMESSE DE SOCIÉTÉ

SECTION I

Exécution de la promesse de société

L'art. 1589, c. civ., assimile la promesse de vente à la vente. « La promesse de vente — décide cet article — vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix ». La question qui se pose est celle de savoir si, par analogie, la promesse de société vaut société ?

Dans *une première opinion* (1) il a été décidé que la promesse bilatérale de société doit être assimilée à la société et le juge peut ordonner l'exécution forcée de la promesse unilatérale de société, par la réalisation des apports.

« Nous ne voyons aucun inconvénient — disent MM. Baudry et Wahl (1) — à permettre au juge, conformément à l'art. 1142, de déclarer obligatoire la promesse de s'associer

(1) Baudry et Wahl, 3^e éd., n^o 33. Il est à remarquer que M. Wahl, dans son « Précis théorique et pratique de droit commercial », 1922, n^o 517, soutient l'opinion contraire.

(2) Toulouse, 22 juin 1872, D. 872 II 156, S. 873 II 169 ; Lyon, 24 juin 1870, S. 871, II, 70, D. 872, II, 198 ; Paris, 17 déc. 1863, j. t. com. 864, 328 ; Paris, 24 fév. 1860, D. 860, II, 84.

et d'en ordonner l'exécution forcée par la réalisation des apports.

Si la promesse de constituer une société est intervenue entre tous les futurs associés, la société doit être regardée comme constituée; on peut invoquer en ce sens l'art. 1589. »

Comme conséquence de cette opinion, certains arrêts ont décidé que la promesse de société doit réunir pour sa validité toutes les conditions de formation du contrat définitif, parce qu'il « faut reconnaître — décide la Cour de Toulouse — que la promesse de société se confond dans son existence juridique avec la société elle-même » (2).

Dans *une seconde opinion* (3), qui est celle de la majorité de la doctrine et de la jurisprudence, la promesse de société constitue une obligation de faire, distincte du contrat de société, résoluble en cas de non exécution en dommages-intérêts.

« La nature de l'engagement qui s'attache à la qualité d'associé dans une société en nom collectif — décide la Cour de Cassation (4) — implique nécessairement le libre consentement de celui qu'il intéresse et, par suite, ne permet pas aux tribunaux de le contraindre contre sa volonté à exécuter la promesse qu'il a pu faire à ce sujet. » Le raison-

(3) Paris, 22 mars 1860, j. t. com. 860, 827 ; Paris, 11 avril 1861, j. t. com. 1861, 375 ; Paris, 5 déc. 1865, j. t. com. 1866, 407 ; Bordeaux, 28 mars 1895, j. soc., 896, 170 ; Lyon, 22 fév. 1899, D. 903, II, 370, j. soc. 900, 266 ; Trib. Com. Seine, 27 juillet 1904, R. soc., 1905, 72 ; Paris, 11 nov. 1905, R. soc. 906, 150 ; Cas., 19 fév. 1907, J. t. com. 908, 476 ; Cas., 15 déc. 1920, J. soc., 921, 317 ; Trib. Com. Seine, 29 juill. 1921, J. soc., 922, 402. — Wal, n° 517 ; Thaller et Pic., t. I, n° 442 ; Arthuys, t. I, n° 9 ; Guillouard, n° 33 ; Houpin et Bosvieux, n° 58 ; Rousseau, n° 342 ; Pont, n° 380 ; Hémard, p. 165, note 2 ; Lacour, note II, 1900, II, 369 ; Labbé, note S., 1873, II, 169.

(4) Req, 19 fév. 1907, D. 1910, I, 517.

nement de la Cour suprême est vrai pour toute promesse de société.

§ 1^{er} De l'action en exécution

L'art. 1134 C. civ. exprime un principe général d'après lequel toute obligation doit être exécutée par le débiteur de la manière prévue dans le contrat, le créancier ayant le droit de faire appel à la justice et à la force publique pour l'y contraindre (5). L'exécution de la promesse de société, envisagé par les parties, consiste dans la conclusion du contrat de société. Le débiteur, qui dans l'espèce est le promettant, doit acquiescer à la notification du bénéficiaire et concourir à l'accomplissement des formalités exigées par la loi pour la formation de la société. *Le bénéficiaire a donc le droit d'exiger du promettant un acte de volonté : la prestation du consentement et de son concours pour la formation du contrat définitif.*

Par quels moyens peut-il se prévaloir de son droit si le promettant refuse d'exécuter l'obligation? Par quelle action fera-t-il prévaloir son droit en justice et quelle est la satisfaction que le juge peut lui accorder?

Des principes généraux, se dégage une norme, en vertu de laquelle le créancier a le droit de demander, et ne peut demander en justice que l'exécution de l'obligation telle qu'elle ressort du contrat; d'autre part, la loi garantit au créancier de récupérer, par le procès, autant que possible, tout ce qu'il a droit d'attendre du contrat.

(5) Ed. Meynial: De la sanction civile des obligations de faire ou de ne pas faire, p. 16.

Suivant ces normes, le bénéficiaire de la promesse de société n'a qu'une action, tendant à la conclusion du contrat de société, donc à la prestation d'un acte de volonté.

Certes, la volonté humaine est incoercible. Le juge ne peut pas contraindre le promettant à manifester son consentement (6). Mais il serait au moins injuste de refuser au bénéficiaire, autant que possible, les effets en vue desquels il a accepté la promesse.

La jurisprudence, ainsi que la doctrine, accordent au bénéficiaire, dans la plupart des cas, tous les effets du contrat que le promettant s'est engagé à contracter. Comment justifier cette solution?

Dans *une opinion* émise par Pothier (7) et acceptée généralement, le consentement du promettant, qui refuse la conclusion du contrat définitif, peut être suppléé par décision du juge.

Pothier estime, pour justifier sa thèse, que la prestation de consentement n'est pas une obligation de faits extérieurs et corporels, qui seuls sont régis par le principe : *nemo potest cogi ad factum*.

Cette solution nous paraît arbitraire. Le juge ne peut pas substituer son autorité à une détermination psychologique, et le contrat ne peut pas être conclu par une autre volonté que celle du promettant.

« Le juge — dit Göppert (8) — peut faire la tentative de dompter la volonté rebelle au droit ; il peut, surmontant la résistance opposée, aider l'auteur du droit à avoir satisfac-

(6) Demogue, Art. cit., Rev. trim., 1906, 258.

(7) Pothier, Vente, § 479; Meynial, p. 21.

(8) Art. cit., § IV; Buttera: Contributto alla dotrina della promessa di vendita immobiliare, dans Legg, 1909, 2235.

tion matérielle, autant que lui permettent les organismes judiciaires... mais il n'y en a aucun qui l'autorise à traiter à la place du promettant, à vouloir et à parler en son nom. Il est appelé à contraindre celui qui a convenu à accomplir son obligation, mais non à assumer la représentation pour cet accomplissement. »

En outre, on peut observer que dans l'opinion de Pothier intervient une fiction légale, qui, sous l'empire du code civil, n'est plus possible sans un texte de loi. En droit allemand, cette opinion trouve sa justification dans le paragraphe 779 du code de procédure civile, ainsi conçu : « Lorsque le débiteur aura été condamné à faire une déclaration de volonté, cette déclaration sera censée faite ; aussitôt que le jugement aura acquis autorité de chose jugée. »

Dans *une autre opinion*, soutenue par M. Leduc (9), le juge ne fait autre chose que constater le concours de tous les éléments essentiels à la formation du contrat définitif, réunis du moment que le bénéficiaire notifie au promettant sa volonté de conclure le contrat définitif. De l'obligation de conclure le contrat définitif, que la promesse fait naître à la charge du promettant, M. Leduc déduit que celui-ci a, par avance, adhéré à ce contrat qui est le but de la promesse et qu'il ne doit plus avoir qu'un « rôle purement passif », d'autant plus que ce n'est pas de lui que l'obstacle à la conclusion immédiate est venu, mais du stipulant, ce qui n'est pas toujours vrai, car il se peut que le promettant aussi, ou même lui seul, ne veuille pas contracter immédiatement.

(9) Op. cit, p. 150. En même sens, Faggella : Note sous Cass. di Roma, 20 Maggio 1910. Riv. di. dir. Comm. 1910, II, 859.

En continuant son raisonnement, M. Leduc croit que le stipulant qui n'a fait que prendre acte du consentement du promettant a réservé le sien; en conséquence, c'est de lui seul que dépend, désormais, la conclusion du contrat définitif.

Il y a une grande ressemblance dans cette analyse de la promesse avec la construction juridique et les effets de l'offre suivie d'un délai d'acceptation; mais l'auteur ne pousse pas, toutefois, son système jusqu'à assimiler la promesse à l'offre, et essaye, avec difficulté, tout en n'acceptant pas tous les effets de l'offre, de prouver que le promettant, comme le pollicitant, maintient son consentement de contracter pendant le délai. Il n'y a pas de doute que les effets de l'offre suivie de délai d'acceptation diffèrent des effets de la promesse. L'offre reste attachée à la personne de son auteur. Le délai ne change pas sa nature. Il garantit la continuation de volonté de conclure du pollicitant, donc, la conclusion du contrat si le pollicité donne son consentement pendant ce temps.

L'acceptation de l'offre par le bénéficiaire transforme l'acte juridique en une obligation de faire contractuelle. Le bénéficiaire a le droit, non pas d'adhérer à l'offre, mais d'exiger l'exécution d'une obligation contractuelle, ce qui, du point de vue juridique, est tout à fait différent.

Ainsi, la déclaration de la volonté de contracter de la part du bénéficiaire ne rencontre pas le consentement du promettant, mais l'obligation de donner ce consentement nécessaire à la conclusion de contrat promis. Cette déclaration rend actuel et exigible le droit du bénéficiaire et peut être

en même temps une invitation au promettant de contracter (10).

En outre, ce système, s'il présente une explication facile et suffisante des décisions de la jurisprudence quant aux promesses de vente, louage, etc., laisse sans explications les effets que la jurisprudence reconnaît à d'autres promesses de contrat, en cas de refus du promettant d'exécuter, comme la promesse de société. La jurisprudence et la doctrine sont d'accord pour décider que la promesse de société se résout en dommages-intérêts en cas de non-exécution par le promettant. Comment justifier cette solution? Comment allouer des dommages-intérêts quand le contrat, dans ce système, doit exister déjà : le promettant a manifesté sa volonté de contracter, le bénéficiaire vient de manifester la sienne, le juge ne peut que constater la réunion de tous les éléments nécessaires à la validité du contrat et déclarer l'existence du contrat, au moins, quand il s'agit de l'association en participation si la promesse a été verbale, et même des autres sociétés si la promesse est constatée par acte écrit et que les parties ont déjà rempli toutes les formalités exigées pour le contrat de société (11), ce qui, d'ailleurs, n'arrive jamais en pratique.

Or, il n'en est rien. La jurisprudence, devant le refus du promettant de former la société, n'accorde au bénéficiaire, comme toute satisfaction, que des dommages-intérêts.

(10) Il se peut que le bénéficiaire déclare sa volonté de contracter pour transformer son droit éventuel en droit actuel, sans que cela l'oblige à contracter immédiatement. D'après M. Leduc (*Op. cit.*, p. 100, note 2), cette déclaration est nécessaire pour qu'il ait le droit de faire les actes conservatoires, droit qu'autrement il n'aurait pas.

(11) Il faudrait, en outre, pour les sociétés commerciales, que leur publication fut constatée.

Il nous reste à chercher un autre système, une autre construction, qui puisse justifier toutes les solutions de la jurisprudence pour toute promesse de contrat.

Le promettant s'oblige à la prestation d'un acte de volonté pour la conclusion du contrat définitif. Sans doute la prestation de volonté en elle-même est un acte incoercible; mais les effets de cet acte de volonté, comme de la plupart des obligations de faire, peuvent être pratiquement obtenus par une autre activité que celle du débiteur. Le code civil, après avoir traduit dans l'art. 1142 l'adage latin : *nemo praece cogi potest ad factum*, fait de larges restrictions à son application (12).

L'art. 1144 c. civ. proclame le droit du créancier en cas d'inexécution, d'exécuter lui-même l'obligation au dépens du débiteur.

Les tribunaux peuvent ordonner l'exécution de l'obligation contre la volonté du débiteur.

Nous voyons dès maintenant s'élever l'objection de M. Demogue (13) : « Sans doute, dit le savant professeur, — les tribunaux peuvent bien ordonner qu'une obligation de faire sera exécutée contre la volonté du débiteur ; mais ici que feraient-ils? Ils proclameraient que la volonté du promettant d'adhérer au contrat est censée exister. Ils feraient exécuter une promesse de volonté. Singulier contrat en vérité. » Certainement, il serait singulier et peu conforme aux dispositions du code civil, un contrat pour la formation duquel on serait obligé de faire intervenir une fiction; mais nous ne voyons pas pourquoi il ne serait pas

(12) Meynial, op. cit., p. 34 et suiv.; Ernest Massin : De l'exécution forcée des obligations de faire ou de ne pas faire. Thèse, Paris, 1893, p. 278.

(13) Art. cité : Rev. trim., 1906, p. 258.

possible de poursuivre, malgré lui, les effets de l'obligation du promettant, quand il est admis que toute une catégorie des obligations de faire peut produire les effets prévus par le contrat, indépendamment de la volonté et de la prestation du débiteur, quand, par l'intervention du juge, le créancier peut avoir l'entière satisfaction en nature. Et le juge agira en vertu des mêmes pouvoirs que M. Demogue lui reconnaît, pour ordonner l'exécution d'une obligation de faire contre la volonté du débiteur.

Sans doute le promettant s'oblige à donner son consentement pour la formation du contrat définitif, mais, dans une analyse plus profonde, il s'oblige à faire naître les effets qui sont la finalité de cette obligation; celui qui promet de vendre promet de livrer la chose, de transférer la propriété de son immeuble. La conclusion du contrat n'est que le moyen d'exécution volontaire. En cas de mauvaise volonté, le bénéficiaire peut avoir la propriété de la chose, qu'on lui a promis de vendre, par une autre volonté que celle du promettant, par la volonté de la loi (14).

C'est l'expropriation du droit de propriété que le juge proclamera, pour l'attribuer au bénéficiaire, sans être obligé de proclamer la volonté du promettant d'adhérer au contrat. Dans toutes les exécutions forcées sur le patrimoine du débiteur, le juge n'a pas besoin de recourir aux fictions; il tient son droit de la loi.

Quid pour la promesse de société ? Peut-on obtenir les effets de la volonté de constituer la société par une autre activité que celle du promettant ?

(14) Chiovenda : *Dell'azione nascente dal contratto preliminario*, dans *Riv. di diritto com.*, 1911, I, p. 102.

Nous avons déterminé; en parlant des conditions de validité, que la promesse de société tend à former entre les parties un lien de collaboration active dans le but de réaliser des bénéfices. Pour arriver à ce but de la société, il faut l'effort commun des associés, leur volonté de collaborer, leur confiance mutuelle. Comment déterminer le promettant à collaborer en toute confiance avec le bénéficiaire ? Comment le remplacer si le bénéficiaire a eu en vue les qualités personnelles du promettant ? Par quels moyens parvenir à avoir les mêmes effets qui auraient dû naître de la collaboration du promettant ? Et quels sont au juste ces effets ?

La promesse de société fait naître une obligation caractéristique de faire qui ne peut être exécutée par nul autre moyen que la bonne volonté du débiteur — et la volonté est incoercible. — Le juge ne peut que constater le refus du promettant, évaluer les dommages-intérêts et le condamner à les payer au bénéficiaire.

Mais le lien de collaboration active se relâche dans les sociétés de capitaux. La part sociale, sous forme d'action, devient transmissible et la mort ou l'incapacité d'un associé, n'emporte pas la dissolution de la société, comme dans les sociétés de personnes. « La société anonyme — dit M. Thaller (15) — est une forme qui élimine entièrement l'associé responsable. »

Pourtant la promesse de société anonyme est un contrat qui se forme en considération de la valeur personnelle des parties. La réussite de la constitution de la société dépend en grande parité des qualités des fondateurs.

(15) Op. cit., V^e éd., n^o 263.

La Cour de Bordeaux (16) a jugé que, « en cas de non constitution de la société anonyme, la promesse se résout en dommages-intérêts ». Ainsi, toute promesse de société de personnes ou de capitaux se résout en dommages-intérêts.

2 Des dommages intérêts

La jurisprudence a toujours estimé que l'exécution directe — vu la mauvaise volonté du promettant de collaborer avec le bénéficiaire pour le bon développement de la société — est inutile et même impossible (17) mais elle ne s'est jamais refusée à reconnaître que le promettant a engagé sa responsabilité et doit, par suite, réparer tout dommage causé au bénéficiaire.

Certes ! la responsabilité ne sera engagée que s'il y a mauvaise volonté, si le promettant refuse la conclusion du contrat de société sans justes motifs, ou si, par sa faute, l'exécution de la promesse est devenue impossible.

S'il y a mauvaise volonté — comme il s'agit d'une obligation de faire qui tient aux qualités personnelles du débiteur — l'adage *nemo potest cogi ad factum* a toute la force que lui attribuaient les jurisconsultes romains : le bénéficiaire ne peut avoir qu'une satisfaction par équivalent, que lui accorde l'art. 1142 c. civ. : « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur. »

S'il y a impossibilité d'exécution par la faute du promettant (perte ou détérioration de la chose promise en apport;

(16) Bordeaux, 28 mars 1895, J. soc., 1896, p. 170.

(17) Cass., 19 fév. 1907, Rev. soc., 1907, p. 293.

longues hésitations après la déclaration du bénéficiaire de vouloir contracter immédiatement, hésitation ayant amené une perte de temps pendant laquelle d'autres ont entrepris la même affaire, ce qui rend la société projetée inutile ou impossible, etc.), le promettant est responsable en vertu de l'art. 1147 c. civ., qui condamne le débiteur au paiement des dommages-intérêts : « toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part (18) ».

Ainsi, qu'il y ait mauvaise volonté de la part du promettant, ou impossibilité d'exécution par sa faute, la promesse de société se résout en dommages-intérêts.

Que doivent représenter les dommages-intérêts?

D'après l'art. 1149 c. civ., les dommages-intérêts dus au créancier, sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications que le code prévoit »; le bénéficiaire aura donc droit à réparation de la perte éprouvée à la suite de la promesse de société : *damnum emergens*, et au gain dont il a été privé : *lucrum cessans*.

La jurisprudence a toujours reconnu au bénéficiaire le droit au dédommagement de la perte faite. L'évaluation de

(18) En outre, certains arrêts (C. d'appel de Paris, 2 déc. 1887, R. soc. 1888, 73; C. de Lyon, 22 fév. 1899, note dans le J. soc, 1900, 26)6 ont invoqué pour allouer des dommages-intérêts, l'art 1382, C. civ. Nous ne croyons pas à l'utilité de cet article, qui statue en matière de délit et quasi-délit ! Le promettant qui refuse la formation du contrat définitif, manque aux stipulations d'un premier contrat : la promesse de société. En conséquence, c'est sa responsabilité contractuelle qui est engagée. Les dispositions des art. 1142 et 1147, C. civ., sont précises et suffisantes.

cette perte a été largement interprété; elle consiste en toutes les dépenses que le bénéficiaire a pu faire en vue de la future société (agrandissement d'installation, passation de beaux, achat de matière première, etc.), ainsi que dans le trouble, que le refus du promettant a provoqué dans son industrie ou dans son commerce propre.

Dans ce sens, une sentence récente du tribunal commercial de la Seine est particulièrement intéressante et complète (19) : « Attendu que la défaillance de Theuveny (le promettant) a causé à Gonon (le bénéficiaire) un préjudice certain, dérivant tant du trouble commercial subi par ce dernier que des frais exposés et des démarches faites en vue de la réalisation de ladite société; que le tribunal trouve, dans les faits et documents de la cause, les éléments d'appréciation suffisants... condamne Theuveny... »

Mais si la jurisprudence s'est prononcée définitivement sur l'allocation et l'évaluation du *damnum emergens*, elle n'a pas envisagé avec la même fermeté, à notre avis, la question de savoir si le bénéficiaire a droit au gain (*lucrum cessans*) dont il est privé par l'absence du promettant d'exécuter son obligation : cette question n'est pas résolue définitivement.

Les tribunaux, en grande partie, ne s'occupent même pas de cette question ; il s'en trouve pourtant quelques-uns qui se sont prononcés contre toute allocation, au bénéficiaire, de l'équivalent du gain qu'il aurait pu retirer de la collaboration du promettant dans la société promise.

(19) Trib. Com. Seine, 29 juill. 1921, J. soc., 1922, 402; voir aussi : Cour Impér. de Paris, 5 déc. 1865, J. t. com., 1866, 407 ; Cour de Lyon, 22 fév. 1899, J. soc., 1900, 266 et note.

La Cour de Lyon (20) décide même que, la promesse de société, constituant une obligation de faire, en principe « ne saurait avoir pour conséquence la condamnation à des dommages-intérêts de la partie qui a refusé de constituer définitivement la société ».

La Cour admet l'allocation des dommages-intérêts seulement dans le cas où la promesse a été la source « d'un préjudice dont réparation est due ». Cette idée est développée dans la note qu'on trouve dans le Journal des Sociétés :

« On ne saurait admettre — dit l'annotateur — que la promesse de société donne droit, si elle n'est pas exécutée, à une condamnation à des dommages-intérêts équivalent aux avantages que l'exécution aurait procuré, parce que ce serait mettre, en droit, le demandeur dans la même situation que si la société avait été légalement constituée, et lui reconnaître tous les avantages réservés par la loi à ceux qui ont rempli les formalités qu'elle prescrit impérativement. »

Le raisonnement de la Cour de Lyon porte à nier, ou tout au moins, à déconsidérer, le caractère contractuel de la promesse de société ! Et cette conséquence n'échappe pas à l'annotateur, qui accorde au bénéficiaire une action, non plus contractuelle, mais quasi-délictuelle, en vertu de l'art. 1382, C. civ. Nous croyons que pour démontrer la faute du promettant et le préjudice qu'il a causé au bénéficiaire, force est à celui-ci de prouver que les dépenses qu'il a faites et le trouble qu'il subit dans son commerce, sont la conséquence d'un contrat antérieur ; donc le carac-

(20) Cour de Lyon, 22 fév. 1899, J. soc., 1900, 266 et note.

tère contractuel est le fondement de sa demande, et une forte garantie lui est accordée dans les dispositions de l'art. 1142, C. civ. (21).

Quant à l'objection, que ce serait mettre, en droit, le demandeur dans la même situation que si la société avait été légalement constituée, si on allouait, au bénéficiaire, des dommages équivalents aux avantages que la loi a réservés à ceux qui ont rempli les formalités qu'elle prescrit impérativement, nous ne lui voyons aucun fondement ; surtout nous ne voyons pas comment la loi a réservé les avantages du *lucrum cessans* seulement « à ceux qui ont rempli les formalités qu'elle prescrit impérativement ? » Si la situation, quant aux dommages-intérêts, peut être la même, entre le bénéficiaire d'une promesse de société et un associé, leurs droits n'en diffèrent pas moins par leurs sources ! La distinction qu'on veut faire, quant aux dommages-intérêts, entre la promesse de société et le contrat de société, non seulement, n'est justifiée par aucun article du Code civil, mais est, de plus, réfutée par les dispositions de l'art. 1149, C. civ., qui ont une portée générale. Aux termes de cet article, « les dommages et intérêts dûs au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé ».

Et les articles 1149 et 1142, C. civ., déterminent le droit du bénéficiaire d'une obligation de faire en cas de non exécution de la part du débiteur. *Ainsi nous croyons qu'on*

(21) « Le quasi-délit — dit Pothier (Obligations, n° 116) — est le fait par lequel une personne, sans malice, mais par une imprudence qui n'est pas excusable, cause quelque tort à une autre. » — Or, le préjudice causé au bénéficiaire n'est pas la conséquence d'un fait, d'une imprudence, mais du refus du promettant d'exécuter son obligation contractuelle.

ne peut pas nier le droit du bénéficiaire d'exiger l'allocation des dommages-intérêts équivalents au gain dont il est privé.

Certes, la tâche du juge n'est pas facile, et souvent tout élément d'appréciation, pour évaluer le gain, fera défaut : le résultat d'une société n'est pas toujours conforme aux prévisions des associés ; et ces prévisions sont, souvent, impossibles à préciser. L'évaluation serait donc arbitraire ! Et l'art. 1150, C. civ., dispose que « le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée ». Le juge donc, peut refuser l'évaluation des dommages et intérêts qui ne peuvent pas être prévus.

Mais le principe reste, car il se peut que l'évaluation soit possible, et dans ce cas le juge ne doit pas manquer de la faire ; autrement la promesse de société perdrait, souvent, toute efficacité, le promettant pouvant se soustraire impunément à son obligation toutes les fois que le bénéficiaire ne peut pas prouver les dépenses faites en vue de la future société, ou un trouble dans son industrie ou dans son commerce.

Il a été jugé que la partie qui se dédit, même d'une *promesse de société contractée avec faculté de rétractation*, doit dédommager son cocontractant des dépenses faites en vue de la formation de la société.

Le promettant peut, tout en s'obligeant à faire la société, se réserver le droit de rétractation dans des conditions déterminées (22). La validité d'un pareil engagement ne fait pas de doute. Néanmoins, nous émettons quelque doute

(22) Lacour, note D., 1900, II, 369 (Lyon, 22 fév. 1899).

sur la décision de la Cour de Lyon et du Tribunal de Commerce de Saint-Etienne (23), qui décident que la promesse de société constitue un contrat, bien que la faculté de renonciation ait été expressément réservée, pour permettre à l'une des parties d'étudier les avantages et les inconvénients de la société projetée. La faculté laissée au promettant, dans ces cas, est trop subjective ; elle équivaut à une condition potestative de la part de celui qui s'oblige (art. 1174, C. civ.). La faculté de rétractation doit être limitée à des conditions objectives, qui laissent la possibilité de vérifier le retrait arbitraire ; autrement la promesse de société n'est pas valable comme soumise à une condition potestative.

Sans faire cette distinction, la jurisprudence condamne la partie qui se dedit à dédommager son cocontractant des dépenses faites en vue de la formation de la société (24).

On considère, par interprétation de la volonté des parties, qu'une association en participation a été conclue, aux termes de laquelle certaines opérations seront faites par l'une des parties de compte à demi avec l'autre.

« La partie renonçante — observe M. Lacour (25) — tout en se réservant une porte de sortie, s'est engagée à prendre sa part, quoi qu'il arrive, dans les dépenses qu'elle savait devoir être faites à raison de leur projet de société. »

(23) Lyon, 22 fév. 1899, J. soc., 1900, 266, D. 900, II, 369 ; Trib. Com. Saint-Etienne, 24 mai 1898, D. 900, II, 369.

(24) Lyon, 22 fév. 1899, et Trib. Com. St-Etienne, précit. ; Paris, 8 mars 1862, J. t. com. 862, 276 ; Lyon, 18 mai, 1898, Mon. jud. Lyon, 25 oct. 1898.

(25) Note précit.

SECTION 11

Des rapports nés de la promesse de société

§ 1^{er}. — *Entre les contractants.*

Le promettant s'oblige, par l'acceptation du bénéficiaire, en vertu du contrat qui prend naissance, à faire la société, si celui-ci, dans le délai fixé ou résultant de l'ensemble des dispositions, déclare vouloir contracter. Le promettant a donc une obligation, dont l'exécution dépend de la volonté du bénéficiaire. Il ne peut pas, par conséquent, contraindre le créancier à recevoir l'exécution de son obligation.

D'autre part, le bénéficiaire a un droit soumis à une éventualité (s'il se décide à contracter), qui n'est pas un droit de créance ferme. « Il n'est pas encore créancier — dit M. Demogue (26) — il ne le deviendra qu'au jour où l'éventualité se réalisera ».

C'est seulement au moment où il porte à la connaissance du promettant sa volonté de faire la société, que son droit de créance devient ferme. Jusqu'à ce moment, il est titulaire d'un droit moins fort, qui peut ne pas se réaliser, étant soumis à une éventualité qu'on appelle droit éventuel. Il a donc un droit. L'obligation du promettant n'existerait pas si elle ne faisait naître en même temps un droit !

Quelles sont les prérogatives que ce droit confère au bénéficiaire, avant que celui-ci déclare sa volonté de contracter ?

(26) Art. cit., *Rev. trim.*, 1906, 289.

Peut-il faire les actes conservatoires, « les actes — dit M. Demogue (27) — qui fortifient le droit en assurant la preuve, la mise en mouvement, qui le rendent opposable aux tiers » ?

Il n'y a pas de doute que le bénéficiaire a le droit de conserver la preuve du contrat, car si on lui refuse ce droit, on lui enlève toute possibilité de preuve, ce qui équivaut à l'assimilation du droit lui-même.

« Le droit d'agir en justice — citons toujours M. Demogue (28) — nous semble absolu dès que l'on a un titre qui n'a pas été vérifié devant les tribunaux. »

Il peut agir en justice, pour faire reconnaître son titre, pour le remplacer s'il a été perdu ou volé, et même pour constater par témoins toute promesse de société commerciale, comme aussi la promesse de société civile si son objet ne dépasse pas 150 francs.

Par contre, le droit du bénéficiaire d'une créance éventuelle, à faire les actes conservatoires, qui assurent la mise en mouvement de son droit menacé de disparaître, est très discuté.

Certes, la question ne peut pas être envisagée, s'il s'agit d'une promesse de société, dans laquelle le promettant doit apporter son industrie ; mais elle devient plus réelle si le promettant s'est obligé à apporter dans la société une chose corporelle qui est sujette à perte totale ou partielle, à

(27) Art. cit., *Rev. Trim.*, 1906, p. 283.

(28) M. DEMOGUE (art. cit., *Rev. Trim.*, 1906, p. 282 et suiv.) accorde ce droit à tout bénéficiaire d'un droit éventuel. TITULESCO : *Essai d'une théorie générale des droits éventuels*, Thèse, Paris, 1907, p. 217 et suiv. *Contra* : CAPITANT, cit. p. 55, note 1, PLANIOL, 7^e édit., t. II, n^{os} 1403 et 1405 ; LEDUC, cit. p. 96.

dégradation ou changement de destination, à transmission volontaire ou forcée. Si la chose périt (une maison qui tombe en ruines, un fond de commerce qui disparaît, les galeries d'une mine qui s'écroulent, un chemin de fer qui s'endommage, etc.), la formation de la société devient impossible ou onéreuse. Le bénéficiaire subit une perte par l'extinction ou la diminution de son droit, perte qu'il pourrait, peut-être, éviter par son intervention.

Avant de nous engager dans la controverse sur le droit du bénéficiaire, d'une créance éventuelle, de faire les actes conservatoires, qui assurent l'exécution du contrat, il est nécessaire de connaître si le bénéficiaire de la promesse de société a intérêt à avoir ce droit ?

La chose qu'on veut conserver, constituera l'apport, que le promettant doit faire dans la société future. La réalisation de l'apport est soumise à la formation de la société.

Nous avons analysé la promesse de société dans une obligation de faire, prise en considération de la personne, par conséquent, non susceptible d'exécution forcée. Il faut la libre détermination du promettant pour la formation de la société.

En détruisant son apport, en l'aliénant ou en lui changeant sa destination, le promettant manifeste sa volonté de ne pas faire la société promise. Il s'agirait, dans ce cas, de conserver tout d'abord la volonté du promettant, sans laquelle la collaboration active nécessitée par la société n'est plus possible.

Donc, le bénéficiaire de la promesse, vu le but de la convention, n'a pas intérêt à faire d'autres actes conservatoires que ceux qui assurent la preuve.

Du fait que le bénéficiaire n'a aucun moyen pour conserver l'apport en nature du promettant, il résulte que celui-ci a toutes les prérogatives que lui donne son titre sur la chose.

§ 2. — *A l'égard des ayants-cause.*

La transmission à titre particulier ou à titre universel, entre vifs ou par décès, des droits et des obligations nés de la promesse de société, n'est pas possible.

Nous avons admis que les qualités personnelles des contractants ont été prises en considération lors de la conclusion de la promesse de société. La cession du droit par le bénéficiaire ou la transmission par décès mettrait le promettant en face d'un ayant-droit, qu'il ne connaît pas, dans lequel il peut n'avoir aucune confiance ; bien plus, il n'a peut-être pas les mêmes connaissances, les mêmes aptitudes, le même crédit.

De même que l'associé n'est pas obligé de continuer la société avec l'ayant-droit d'un coassocié, le promettant n'est pas obligé de faire la société avec l'ayant-droit du bénéficiaire.

De même on ne peut pas imaginer que la promesse de société puisse faire naître un rapport, ou un conflit quelconque avec des tiers. L'art. 1166, C. civ., ne reconnaît aucun droit aux créanciers pour exercer les droits et actions de leur débiteur, quand ces droits sont exclusivement attachés à la personne.

SECTION III

Extinction de la promesse de société

La promesse de société s'éteint par la formation du contrat de société, ou par l'expiration du délai dans lequel le bénéficiaire doit déclarer sa volonté de contracter et inviter le promettant à concourir à la formation du contrat de société.

En dehors de ces deux causes normales, l'arrivée de certains événements imprévus, avant que le délai ne soit expiré, peut mettre fin au lien contractuel. Par analogie, la promesse de société prend fin par certaines causes qui entraînent la dissolution de la société, comme par exemple la mort, l'interdiction, la déconfiture de l'un des contractants (art. 1865, C. civ.), l'impossibilité fortuite de réaliser son apport (art. 1867, C. civ.), et par toutes les causes qui font naître une impossibilité de collaboration active entre les futurs associés, impossibilité soit d'ordre physique (infirmité habituelle, maladie grave, etc.), soit, surtout, d'ordre psychologique (mésintelligence grave, preuve évidente d'incapacité dans les affaires, etc.).

« Une promesse de société — dit la Cour de Limoges (28) — peut être résiliée pour les mêmes causes qui permettent de demander la dissolution d'une société existante, lorsque ces causes se produisent avant l'époque fixée pour la réalisation de l'association projetée ».

(28) Cour de Limoges, 15 juin 1895, D. 897, II, 276.

L'extinction de la promesse de société par l'exécution du promettant de son obligation (la formation du contrat de société) ne présente aucune particularité : le contrat de société doit être conclu en conformité avec les stipulations de la promesse et avec les dispositions spéciales du Code civil et du Code de commerce, relatives à la formation de la société.

Ainsi, nous nous occuperons à la fin de cette section, seulement de l'extinction de la promesse par l'expiration du délai d'exécution. Quant à l'extinction de la promesse par impossibilité d'exécution, résultant de différentes causes imprévues, survenues pendant le délai, nous l'étudierons dans deux paragraphes, en essayant de grouper les causes d'après l'impossibilité qu'elles font naître : objective ou subjective.

§ 1^{er}. — *Extinction par impossibilité objective d'exécution.*

I. — PERTE DE L'APPORT PROMIS

A. *Perte totale.* — Aux termes de l'art. 1867 C. civ. « lorsque l'un des associés a promis de mettre en commun la propriété d'une chose, la perte survenue avant que la mise en soit effectuée, opère la dissolution de la société par rapport à tous les associés ». Cet article d'une rédaction insuffisante a soulevé quelques discussions.

De l'ensemble des dispositions du chapitre, il résulte sans aucun doute que le législateur supposait que le contrat de société était déjà formé et que l'apport de chaque associé était déjà défini ; mais, comme la propriété d'une chose se

transmet par le seul consentement des parties, c'est-à-dire dès le moment de la conclusion du contrat, l'article a paru inutile. On s'accorde à voir dans cet article le souci du législateur de mettre les risques à la charge de l'associé, dans les hypothèses exceptionnelles où la propriété n'est pas transmise par la seule conclusion du contrat de société (29).

Mais l'art. 1687 C. civ. trouve dans la promesse de société une large application par analogie et même une application directe en tant qu'il dispose de « la perte survenue avant que la mise en soit effectuée » ; situation équivalente à celle qui résulte de la promesse de société. Si la chose promise en apport, dans la société future, périt, la société ne peut plus être constituée. Cette solution s'applique sans qu'il y ait lieu de distinguer si la chose devait être apportée par le promettant, ou par le bénéficiaire. Comment faire une société d'exploitation minière, si la mine, qu'on s'est promis d'exploiter, n'a plus de ressources, ou si l'usine est détruite par l'incendie, où si la maison dans laquelle on devait installer un commerce s'est écroulée ? Ce qui suffit à dissoudre la société suffira, d'autant plus, à empêcher sa formation.

Si la chose, qui périt, devait être apportée en société par le bénéficiaire, celui-ci perd le droit d'exiger du promettant la constitution de la société, lui-même n'étant pas en état de concourir à la formation de la société sur les bases déterminées dans la promesse. La perte, d'après la règle générale en matière des risques et l'art. 1867 C. civ., sera supportée

(29) AUBRY et RAU-BARTIN, 5^e édit., t. VI, p. 45, note 5 ; COLIN et CAPITANT, 2^e édit., t. II, p. 627.

par lui comme propriétaire ; la promesse laissant l'entière propriété de la chose à celui qui l'a promise en apport.

Si la chose, qui périt, devait être apportée par le promettant, il y a lieu de faire distinction entre la perte par cas fortuit et la perte par la faute ou le dol du promettant.

1) Si la chose périt par cas fortuit, la promesse de société s'éteint sans que le bénéficiaire puisse demander des dommages-intérêts (art. 1148 C. civ.).

2) Mais si la chose périt par la faute, et d'autant plus par le dol du promettant, le bénéficiaire conserve le droit de demander des dommages-intérêts ; l'art. 1147 C. civ. ne comporte pas d'autre interprétation. Seulement, il est à remarquer que les dispositions de l'art. 1147 C. civ. supposent une créance ferme et actuelle, ce que le bénéficiaire n'a pas pendant tout le délai d'exécution ; tant qu'il n'a pas déclaré sa volonté de contracter, son droit quoiqu'existant n'est pas ferme !

Il se peut que la perte de la chose ne lui cause aucun dommage, lui-même étant dans l'impossibilité de conclure la société ou étant décidé à renoncer à cette conclusion faute d'intérêt, et que cependant, voulant profiter de la faute du promettant pour s'enrichir, il demande la conclusion du contrat de société.

On peut dire, sans doute, que le promettant doit subir les conséquences de sa faute ou de son dol ; mais nous savons que nul n'est tenu d'apporter des soins particuliers dans la gestion de ses affaires et qu'il n'y a pas de dol tant que personne n'est lésé ! L'équité, croyons-nous, impose au juge d'examiner si la conclusion était possible de la part du bénéficiaire, s'il avait intérêt à faire la société tant au moment de la perte de la chose que par la suite jusqu'à l'expiration du délai ; et nous croyons qu'il doit débouter

le bénéficiaire de sa demande s'il trouve qu'il n'a pas de motifs sérieux pour demander la conclusion du contrat de société.

MM. Thaller et Pic (30) discutent une question, qui nous paraît avoir son importance dans l'étude de la promesse de société. Les éminents auteurs décident que la société ne se dissout pas si la chose qui périt, objet de la société, était assurée. L'indemnité payée par la compagnie d'assurance doit être employée à la reconstruction de la chose, ou à l'acquisition d'une nouvelle, cette solution étant conforme à l'intention des associés quand ils ont décidé l'assurance.

Dans la promesse de société, quand la chose qui périt, promise en apport, a été assurée, nous croyons que des solutions analogues s'imposent. Si la chose appartient au bénéficiaire et si celui-ci la remplace, le promettant ne peut pas refuser la conclusion du contrat de société, à moins qu'il n'ait eu en vue les qualités spéciales de la chose qui vient de périr. La question ne soulève aucune difficulté si la chose qui périt, promise en apport par le promettant, est remplacée par celui-ci et si le bénéficiaire demande la conclusion du contrat de société ; mais si le promettant refuse de remplacer ou de reconstruire la chose avec l'indemnité payée par la compagnie d'assurance, le bénéficiaire peut-il invoquer sa mauvaise volonté et conclure aux dommages-intérêts ? Nous supposons évidemment que l'assurance n'a pas été faite avec l'intention de conserver l'apport, mais pour prévenir une diminution éventuelle du patrimoine du promettant. Nous croyons que, même dans ce cas, s'il n'y a pas préjudice pour la future société dans le remplacement de la chose, le bénéficiaire peut demander que l'indemnité,

(30) T. I., p. 451.

payée par la compagnie d'assurance, soit employée à reconstruire la chose détruite ou à en acquérir une nouvelle et conclure, en cas de refus, aux dommages-intérêts.

L'indemnité représente la chose. Elle naît — d'après de multiples dispositions du Code civil — grevée des charges que supportait la chose elle-même : hypothèque, usufruit, etc. ; elle est grevée dans notre cas de la promesse d'apport et le promettant ne peut la soustraire à cette charge, d'autant plus que nul autre sacrifice n'est imposé à son patrimoine.

Dans ce sens, le tribunal d'Arras (31) a jugé que la promesse de vente subsiste malgré la destruction de la chose. Le bénéficiaire devient créancier de l'indemnité que le promettant recevra de l'Etat à titre de dommages, en vertu de la loi du 17 avril 1919, art. 10.

B. Perte partielle. — Si la chose promise en apport périclite en partie, il faut distinguer si la perte peut influencer ou non la formation de la société ou au moins les effets envisagés lors de la promesse. Il est hors de doute que le bénéficiaire ne peut pas exiger que le promettant répare la perte s'il n'est pas en faute ! De même le bénéficiaire, qui veut contracter malgré la perte partielle de l'apport du promettant, ne peut pas imposer à celui-ci une diminution proportionnelle de ses bénéfices, ni le forcer à accepter la formation de la société après une réduction proportionnelle de son propre apport. Le bénéficiaire doit accepter ou renoncer à la formation de la société ; quant au promettant, le juge aura à décider si la perte partielle de l'apport du bénéficiaire justifie son refus de faire la société.

(31) 2 juin 1920, *Gaz. Pal.*, 1920, II, 329.

La question ne présente pas le même intérêt que pour la promesse de vente (32) par suite du caractère du contrat définitif qui n'a pas comme effet un échange de marchandises, mais bien la collaboration de deux ou plusieurs personnes pour arriver à un effort plus grand et en conséquence à des résultats plus appréciables.

II. DÉCONFITURE, FAILLITE ET LIQUIDATION JUDICIAIRE.

A la perte fortuite de l'apport, nous assimilons la perte provenant de l'état de déconfiture de la faillite et de liquidation judiciaire. L'art. 1865 C. civ., 4^e al., ne cite que la déconfiture, mais la jurisprudence et la doctrine (33) sont d'accord pour décider que la société est dissoute par la faillite et la liquidation judiciaire.

De ces trois états résulte l'insolvabilité qui fait naître pour l'un des contractants de la promesse de société une impossibilité objective de produire son apport. Dans ce cas, si le promettant n'est pas en faute, l'impossibilité le libère de son obligation ; s'il est en faute, le résultat de fait sera le même parce que le bénéficiaire n'aura pas la possibilité de se prévaloir de son droit.

III. JUSTES MOTIFS OBJECTIFS

L'art. 1871 C. civ. donne comme exemple de justes motifs de dissolution de la société l'infirmité habituelle, qui rend l'associé inhabile aux affaires sociales et « autres cas semblables ».

(32) LEDUC, op. cit., p. 111 et suiv.

(33) THALLER et PIC, t. I, n° 589.

L'infirmité habituelle et les cas semblables, comme la maladie grave, pendant le temps durant lequel une société, qui demande une certaine urgence, doit se former, font naître une impossibilité objective d'exécution. Le promettant ou le bénéficiaire ne pourra pas pourvoir à l'exécution des obligations que le contrat de société ferait naître, surtout s'il doit apporter dans la société son industrie ; dans le cas contraire, si l'infirme doit apporter seulement le capital d'exploitation, la société peut se former si l'infirmité lui laisse la possibilité de donner son avis toutes les fois qu'il serait nécessaire et de vérifier la gestion de la société.

Du reste, il est bien entendu que l'infirmité et les cas semblables ne peuvent être invoqués par le promettant que s'ils sont intervenus après la conclusion de la promesse de société, car, s'ils existaient au moment de la promesse, il faudrait admettre, sauf la preuve contraire, que les parties ont voulu s'associer quand même. La preuve contraire consisterait soit dans la preuve que le promettant a entendu s'obliger sous la condition que la maladie guérisse, soit dans le fait qu'il y aurait eu erreur : le promettant n'ayant pas eu connaissance de l'infirmité du bénéficiaire.

IV. DE LA CLAUSE « REBUS SIC STANTIBUS »

Il se peut que la société ne présente plus les mêmes avantages ou qu'elle devienne inutile par suite de la constitution, depuis la promesse, d'une autre société ayant le même objet. Le promettant s'est obligé, par exemple, à former une société pour construire et exploiter un chemin de fer, ou à entreprendre un commerce de manufacture dans une petite ville qui en avait besoin, mais depuis cette promesse, un chemin de fer a été construit par une autre société suivant

le même tracé et dans la ville a été ouvert un commerce de manufacture qui satisfait amplement aux besoins. Si l'on suppose que le bénéficiaire veut, quand même, construire le chemin de fer ou entreprendre le commerce de manufacture, peut-il exiger du promettant, s'il n'y a aucune clause dans le contrat qui limite son obligation, de concourir à la formation de la société ? S'il s'agissait d'une prestation sans contre partie, certes, le promettant devrait exécuter son obligation, mais il s'agit de son activité qui serait stérile et de la perte du capital qu'il va mettre en société.

Ainsi donc le promettant peut invoquer, pour se libérer de son obligation, le changement dans les conditions de formation de la société, conditions qui existaient au moment de la promesse, que le promettant a sûrement eu en vue, et auxquelles a été subordonnée tacitement la formation de la société ; c'est ce qu'on s'accorde à appeler *clausula rebus sic stantibus*.

Les législations étrangères font une large application de cette clause dans différentes matières (34). Le Code civil autrichien, dans son article 936, fait de la *clausula rebus sic stantibus* une règle générale pour toutes les promesses de contrat : « La stipulation — décide cet article — par laquelle on convient de conclure un contrat dans l'avenir n'est obligatoire que lorsque les circonstances n'ont pas changé dans l'intervalle de manière à ce que le but expressément déterminé ou résultant des circonstances, ait été rendu impossible, ou encore que la confiance de l'une des parties dans l'autre ait été détruite ».

(34) Le Code allemand, art. 610, en fait la règle pour la promesse de prêt. Le Code fédéral, art. 96, en fait une disposition générale pour tous les contrats non encore exécutés.

Les dispositions du Code civil autrichien, qui tiennent à une bonne logique juridique autant qu'à l'équité, sont entièrement applicables à la promesse de société. Faute d'une disposition aussi claire dans notre Code civil, nous croyons que le juge, suivant l'art. 1156 C. civ. doit rechercher cette clause dans l'intention du promettant.

§ 2. — *Extinction par impossibilité subjective d'exécution*

Il arrive souvent que, malgré la possibilité matérielle de former la société, malgré même l'avantage que la société peut présenter pour lui, le promettant refuse l'exécution de son obligation sans engager sa responsabilité, parce qu'une collaboration active n'est plus possible avec le bénéficiaire soit que ce dernier soit mort, soit qu'il soit interdit, « ou encore — dit l'art. 936 C. civ. autrichien — soit que la confiance de l'une des parties dans l'autre ait été détruite ».

I. LA MORT D'UNE PARTIE CONTRACTANTE

La mort est un fait matériel, objectif ! Mais la mort en elle-même n'est pas une cause d'extinction de l'obligation. C'est par sa nature, par des considérations subjectives, que la convention ne subsiste pas après la mort de l'une des parties. (Art. 1122 C. civ.).

La mort d'un associé dissout de plein droit la société (art. 1865 C. civ. 3^e al.) ; il y a exception à faire seulement pour les sociétés par actions. « Les qualités personnelles de chacun des associés — dit Pothier (35) — entrent en considération dans le contrat de société. Je ne dois donc pas être obligé, lorsque l'un des associés est mort, de

(35) POTHIER : Société, n^o 146.

demeurer en société avec les autres, parce qu'il peut se faire que ce ne soit que par la considération des qualités personnelles de celui qui est mort que j'aie voulu contracter la société ».

Il est évident que les qualités personnelles du bénéficiaire ont été prises en considération par le promettant quand il s'est obligé à faire la société. Le contrat de société se forme en considération de la personne. La détermination des collaborateurs est un élément essentiel pour la validité de la promesse de société ; car si le promettant n'avait pas eu en vue le bénéficiaire pour former la société future, il n'aurait qu'à déclarer que les qualités de son futur associé ne lui inspirent pas confiance, pour se soustraire à son obligation. Si on admettait que sans avoir eu en considération les qualités du bénéficiaire, il serait obligé de faire la société ou de payer des dommages-intérêts, la conséquence serait d'admettre qu'il soit tenu aussi envers les héritiers et les cessionnaires du bénéficiaire. Or, la société peut être dissoute par suite du manque de confiance et le contrat peut être annulé par suite de l'erreur sur la personne, sur ses aptitudes, ses connaissances. Et pour rappeler le principe qui conduit notre étude dans l'extinction de la promesse, ce qui suffit à dissoudre la société suffira à empêcher sa formation.

Ainsi, la mort du bénéficiaire libère le promettant ; de même les héritiers du promettant ne sont pas engagés par la promesse de société du *de cuius*, ne pouvant personnellement collaborer avec le bénéficiaire.

Mais nous savons que la mort d'un actionnaire dans les sociétés par actions n'emporte pas la dissolution de la société, son héritier succède dans ses droits et obligations.

On ne peut pas décider par analogie que la mort d'un des

contractants de la promesse de société anonyme n'a aucune influence sur le contrat. Les parties se sont obligées à faire dépenses, à concentrer tous leurs efforts pour la constitution de la société. Les relations personnelles, l'autorité et le crédit duquel on jouit dans le milieu des affaires sont autant de considérations qui peuvent déterminer à risquer le temps et les dépenses nécessaires à la formation de la société.

Il y a pourtant une hypothèse sur laquelle on peut émettre quelque doute : quand le promettant s'est engagé seulement à faire apport d'une mine, d'un fonds de commerce, d'un brevet d'invention, etc., et que le bénéficiaire doit constituer la société anonyme. Dans ce cas, l'intérêt prépondérant du promettant, c'est la formation de la société ; par suite, et surtout si elle est en bonne voie de formation, nous croyons que ses héritiers ne peuvent pas refuser l'apport.

II. — L'INTERDICTION

Une autre cause d'impossibilité de collaboration est l'interdiction ; qu'elle soit civile (art. 489 C. civ.) ou pénale (art. 29 C. pén.). L'interdiction enlève sa capacité à celui qui en est l'objet et lui substitue un tuteur avec lequel on n'a pas contracté, qu'on n'a pas eu en vue pour faire la société et avec lequel, en conséquence, on ne peut pas collaborer.

L'idée d'une représentation ne peut pas être admise, parce qu'à l'associé qu'on a eu en vue pour une collaboration active on substitue le tuteur, qui ne peut apporter la même expérience ni les mêmes aptitudes. Une autre cause d'impossibilité naît pour les sociétés commerciales, de ce que le commerce ne se fait pas par personne intermédiaire. Donc, l'interdiction éteint l'obligation du promettant qui se

trouverait devoir collaborer avec le tuteur du bénéficiaire, ou, si c'est lui-même qui est interdit parce qu'il ne peut plus collaborer dans la société projetée.

Dans l'opinion de ceux qui analysent toute promesse de contrat dans une obligation de faire, dans le sens en droit romain de l'adage *nemo potest cogi ad factum*, l'obligation s'éteint par le seul motif que l'interdit ne peut plus donner son consentement valable pour la formation de la société. Certes, cette argumentation est vraie et peut être suffisante dans notre espèce ; mais nous avons voulu justifier, en même temps que pour chaque cas d'impossibilité de contracter, cette impossibilité provenait du caractère même de la promesse de société : une obligation de faire qui ne peut être exécutée contre la volonté du contractant que par équivalent.

De l'interdiction on peut rapprocher la diminution de capacité de la femme, qui, après avoir contracté valablement une promesse de société, se marie. Quelle influence a cette diminution de capacité sur son obligation ? Certainement, si la femme avait conclu le contrat définitif de société, elle serait tenue de rester dans la société ; mais il n'en est rien. Elle a promis seulement de faire la société, et la conclusion du contrat de société n'est pas une simple conséquence de la promesse, mais la formation d'un nouveau lien contractuel qui doit réunir pour sa validité tous les éléments essentiels du contrat de société, notamment la capacité de faire une société sans l'autorisation du mari.

Si nous supposons que le mari donne l'autorisation à la femme de faire la société promise et qu'ensuite la femme refuse, elle engagera sa responsabilité, et de ce fait elle sera condamnée aux dommages-intérêts.

Si nous supposons, au contraire, que le mari refuse l'autorisation à la femme qui veut exécuter son obligation contractée avant le mariage, la femme peut, d'après l'opinion qui se dessine dans la jurisprudence (36), demander l'autorisation de la justice.

Mais si la femme ne veut pas demander l'autorisation à son mari ou à la justice, y a-t-il dans ce cas impossibilité d'exécution ?

Il nous est difficile d'adopter cette solution ! Nous croyons que le bénéficiaire aura droit aux dommages-intérêts parce qu'il n'y a pas impossibilité d'exécution, il y a plutôt coalition du mari et de la femme contre le droit du bénéficiaire. En outre, le mariage ne peut pas exercer d'influence sur les obligations que la femme a contractées avant. C'est ainsi que le mari ne peut pas lui interdire l'exercice du commerce qu'elle avait commencé avant le mariage. Il doit y avoir analogie pour décider que l'obligation de la femme née de la promesse de société ne s'évanouit pas par le mariage ; elle sera tenue, en cas de non-autorisation maritale, à payer des dommages-intérêts.

III. JUSTES MOTIFS OBJECTIFS

Nous entendons sous cette dénomination les justes motifs qui détruisent la confiance ou font naître un état d'animosité qui rend impossible toute collaboration active entre les futurs associés. Quand on ne peut pas déterminer à qui incombe la faute de cet état, l'obligation du promettant s'éteint sans autres conséquences (art. 1871 C. civ.).

(36) Lyon, 5 mars 1901 ; *An. du dr. com.*, 1909, p. 155 ; COLIN et CAPITANT, 2^e éd., t. III, p. 102.

MM. Baudry et Wahl (37) remarquent qu' « il est plus exact de dire qu'en présence des faits prévus par l'art. 1871, la promesse est, non pas dissoute, mais irréalisable ».

A. — Parmi les justes motifs qui détruisent la confiance, nous citerons l'état de faillite et de déconfiture quand il ne met pas le bénéficiaire en impossibilité matérielle de former la société sur les bases de la promesse. Il en est ainsi quand le bénéficiaire doit apporter son industrie. Malgré la possibilité objective de former la société, malgré qu'aucun changement n'est intervenu dans les conditions d'exercice de la société, le refus du promettant sera justifié soit par le manque de confiance que lui inspire l'honnêteté de son cocontractant en état de faillite ou de déconfiture, soit par l'absence d'aptitudes, qui prouve une mauvaise gestion des affaires ; de plus, il peut invoquer le discrédit que son futur associé ferait planer sur la société.

Dans ces conditions, le promettant a l'entière justification de son refus. Si, au contraire, c'est le promettant qui est failli ou en déconfiture (il doit apporter son industrie) et que le bénéficiaire se résolve même dans ces conditions à faire la société, il n'y a pas de doute qu'un refus ne peut pas lui être opposé par le promettant qui invoque son état de faillite ou de déconfiture ; il y a à cette solution une bonne raison juridique : *niemo auditur turpitudinem suam allegans*.

B. — De même, il y a de justes motifs dans l'état d'animosité produit par des dissentiments graves, l'incompatibilité d'humeur, etc. « Spécialement — dit la Cour de

(37) BAUDRY et WAHL : *De la société, etc.*, 3^e éd., n° 459.

Limoges (38) — l'incompatibilité d'humeur, des dissentiments graves manifestés par le procès et un état d'hostilité entre les futurs associés, sont une cause suffisante du refus opposé, par l'un d'eux, de réaliser la société sans qu'il puisse encourir de dommages-intérêts, alors surtout qu'il n'est pas possible de déterminer la faute de qui a été créée cette situation. »

La gravité et la légitimité de ces justes motifs sont laissées à l'appréciation des juges (art. 1871 C. civ.).

§ 3. — *Expiration du délai d'exécution.*

Le délai d'exécution, qui, par la nature de contrat préliminaire de la promesse est un élément qui ne saurait faire défaut, éteint l'obligation du promettant.

La détermination du délai par les contractants ou par le juge (39), suivant leur intention telle qu'elle résulte de l'ensemble des dispositions de la promesse, détermine l'existence même du droit du bénéficiaire, qui est le plus souvent sans contre-partie.

Si le promettant s'est obligé de faire la société dans deux ans et si le bénéficiaire n'a pas demandé, pendant ce délai, la formation de la société, il est présumé avoir renoncé. Il ne sera pas admis à combattre cette présomption par la preuve contraire, car l'acceptation de commun accord du délai d'exécution, acceptation expresse ou tacite, doit être interprétée comme une convention de renonciation

(38) Limoges, 15 juin 1895, D. 97, II, 276 ; Cass., 24 janv. 1899, D. 99, I, 260 ; Bordeaux, 14 août 1889, J. Soc., 90, p. 189 ; Paris, 19 déc. 1900, J. Soc., 90 i, p. iii ; Bordeaux, 2 fév. 1903, R. Soc., 904, p. 22 ; Trib. Com. Lyon, 9 mai 1905, R. Soc., 1906, p. 255.

(39) Voir : Chap. I^{er}, Sect. I, § 2.

aux stipulations de la promesse, comme un *mutuus dissensus* (40).

On trouve une situation analogue à l'expiration du délai d'exécution dans le non accomplissement de la condition et dans la rétractation du promettant lorsque celui-ci s'est réservé cette faculté sous une condition qui se trouve justifiée (la mine n'a pas la capacité productrice évaluée par le bénéficiaire, la mise en pratique de l'invention ne donne pas les résultats qu'on escomptait, etc.). Dans ce cas, l'obligation du promettant s'éteint (41).

(40) PERROUD, note S., 1912, I, 217.

(41) Paris, 8 mars 1862, J. t. com., 862, 276 ; Lyon, 18 mai 1898, *Mon. Jud.* Lyon, 25 oct. 1898 ; Lyon, 22 fév. 1899, J. Soc., 1900, 266, D. 900, II, 369.

CHAPITRE III

NATURE JURIDIQUE DE LA PROMESSE DE SOCIÉTÉ

SECTION I

Caractères du contrat

Le Code civil n'a consacré aucune disposition générale à la promesse de contrat. On trouve seulement, dans les dispositions sur la vente, l'article 1589, tant discuté, qui décide que « la promesse de vente vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque de deux parties sur la chose et sur le prix », et l'art. 1590, qui se réfère à la promesse de vente faite avec des arrhes.

Dans l'absence de toute autre disposition, la jurisprudence et la doctrine ont fourni un grand effort d'interprétation pour tirer une règle générale des dispositions spéciales de l'art. 1589 c. civ. Il en résulte la suppression, à peu près complète, de la promesse bilatérale de contrat par l'assimilation au contrat définitif. Et même d'éminents auteurs n'ont pas hésité à la nier complètement (1).

On admet, pourtant, généralement, l'existence de la promesse bilatérale de société. Dans le contrat de société intervient un élément nouveau : l'*intuitus personae*. La forma-

(1) PLANIOL, 8^e éd., t. II, n^o 1430 ; LEDUC, op. cit., p. 163.

tion et même l'obligation de rester en société sont déterminées par la confiance réciproque des associés, par l'esprit d'une étroite collaboration. Le juge ne peut pas forcer le promettant à faire la société promise, du moment qu'il n'a plus confiance dans son futur associé.

Dans le traité classique de Baudry-Lacantinerie (2) nous trouvons une opinion différente. *L'intuitus personae* ne serait pas un motif suffisant et « si la promesse de constituer une société est intervenue entre tous les futurs associés, la société doit être regardée comme constituée ; on peut invoquer en ce sens l'art. 1589 ».

Pour déterminer la portée exacte de l'art. 1589 c. civ., il est nécessaire de connaître sous quel aspect se présentait la promesse de contrat lors de la rédaction du Code civil.

Dans l'ancien droit français, on parlait avec beaucoup de détails de la promesse unilatérale de vente, qui était très fréquente dans la pratique. Considérée comme valable, on discutait sur ses effets. Dans une première opinion, elle ne donnait droit, en cas de non-exécution de la part du promettant, qu'aux dommages-intérêts.

Pothier (3) était d'opinion que le promettant pouvait être contraint et que l'office du juge pouvait remplacer sa volonté défaillante. Quant à la promesse bilatérale de vente, on lui accordait généralement les mêmes effets qu'à la vente, mais on discutait sur les éléments nécessaires à sa validité. Pothier (4) admettait des conditions fort différentes ; notamment la validité de la promesse sans détermination du prix.

(2) BAUDRY-LAC et WAHL, 3^e éd., n° 33.

(3) Vente n° 476 et suiv.

(4) POTHIER : Vente, n° 479.

C'est dans cet état de la discussion que survint la rédaction du Code civil. Les auteurs voulant faire cesser toute controverse sur cette question spéciale — comme le prouve la place dans le Code de l'art. 1589 — ont décidé que la promesse de vente vaut vente quand on a précisé la chose et le prix. Ainsi, l'art. 1589 c. civ., qui a été rédigé pour mettre fin à une controverse qui préoccupait les juristes dans ce temps ne peut avoir qu'une portée tout à fait restreinte (5). La doctrine et la jurisprudence, d'après la rédaction du Code civil, envisagent la question sous deux aspects :

1° Toute promesse bilatérale de contrat doit-elle être régie par les dispositions de l'art. 1589 c. civ. ?

2° Peut-on obtenir l'exécution du contrat de promesse par la sentence, c'est-à-dire l'office du juge suffit-il à remplacer la défaillance de volonté du promettant et permet-il de considérer le contrat comme conclu (6) ?

Les commentateurs du Code civil ont émis des opinions très différentes sur l'interprétation même de l'art. 1589 c. civ.

Larombière et Merlin (7), se tenant strictement à la lettre de l'art. 1589 c. civ., refusent de reconnaître la validité de la promesse unilatérale de vente et d'autres effets que ceux prévus par cet article.

Toullier, Marcadé et Troplong (8) ont trouvé l'art. 1589 c. civ. en contradiction telle avec les dispositions générales

(5) PLANIOL, 8^e éd., t. II, n^o 1407.

(6) Sur cette question, voir Chap. II, Sect. I^{re}, § 1^{er}.

(7) LAROMBIÈRE : *Des obligations*, t. I, art. 1138, n^o 11 ; MERLIN : *Répertoire*, Vente, § VII.

(8) TOULLIER : *Droit civil français*, IX, 92 ; MARCADÉ : *Explications du Code civil*, 8^e éd., t. VIII, art. 1589 ; TROPOLONG : Vente, I, art. 1589.

du Code civil qu'ils refusent de reconnaître à toute promesse bilatérale de vente les effets du contrat de vente, malgré la clarté de termes de l'art. 1589 c. civ.

Enfin, dans l'opinion de la jurisprudence (9) acceptée par la grande majorité de la doctrine, on distingue les promesses unilatérales de vente des promesses bilatérales et on applique l'art. 1589 c. civ. seulement à ces dernières et, par analogie, à toute promesse bilatérale de contrat.

Il y a dans cette opinion prédominante ceci d'inacceptable, qu'elle fait des dispositions spéciales un principe général, qui ne peut pas être justifié par l'intention des rédacteurs du Code civil, non plus que par la nécessité pratique ! Les parties qui s'obligent à faire le contrat n'ont pas l'intention de le rendre valable dès maintenant.

La volonté de contracter à l'avenir dénie au contrat toute existence actuelle. Les parties entendent ajourner, non seulement les effets, mais même le lien juridique, l'existence même du contrat. On ne comprendrait pas, d'ailleurs, qu'il en soit autrement dans la promesse unilatérale de contrat synalagmatique, par exemple. Une seule partie s'est en effet obligée ; or, le contrat synalagmatique demande des obligations réciproques. Dans la promesse synalagmatique de contrat, il y a bien des obligations réciproques (quoique d'une autre nature) (10), mais ce sont des obligations pour agir dans l'avenir, pour conclure plus tard le contrat définitif sur des bases arrêtées.

(9) AUBRY et RAU, t. V, 5^e éd., § 349 ; BAUDRY-LAC et SAIGNAT, t. XIX, n^{os} 58 à 61 ; COLIN et CAPITANT, 2^e éd., t. II, p. 425 ; D. 95, II, 347 ; S. 98, II, 20.

(10) Voir *infra*.

Le législateur, en rédigeant l'art. 1589 c. civ., a voulu trancher une controverse sur les conditions de validité de la promesse bilatérale de vente et déclarer que tous les éléments étant réunis, la promesse serait considérée comme contrat de vente. C'est la volonté des parties que le législateur interprète quand les parties n'expriment pas l'intention de vouloir contracter plus tard, et s'il n'y a aucun motif qui détermine cette intention, il est logique d'admettre que la promesse de vente vaut vente. C'est, comme dit M. Planiol (11), une simple méprise des termes employés.

Mais si les parties ont clairement exprimé leur intention de ne faire naître le lien contractuel que dans un terme fixé ou après l'arrivée d'un terme ou d'une condition (les parties s'obligent réciproquement à vendre et à acheter à tel prix dans cinq mois), est-il légitime de dire qu'elles ont voulu contracter dès maintenant une obligation définitive. Peut-on forcer leur volonté en leur imposant une autre convention ?

« Comment — écrit Marcadé (12) — la loi viendrait-elle briser la convention que nous avons faite, quoiqu'elle n'ait assurément rien de contraire à l'ordre public, et de plus y substituer violemment et contre notre volonté une convention toute différente ? Comment, quand nous sommes convenus de ne faire que dans deux ans, en 1856, le contrat de vente en question, la loi viendrait-elle nous dire qu'elle se moque de notre volonté et qu'elle tient le contrat pour déjà fait par la simple promesse de 1854 ? »

Cette interprétation serait inéquitable autant que contraire à la liberté des conventions (art. 1134 c. civ.). Elle

(11) PLANIOL, 8^e éd., t. II, n^o 1400.

(12) MARCADÉ, t. VI, 8^e éd. *De la vente*, art. 1589.

méconnaîtrait en même temps les dispositions de l'art. 1156 c. civ. : « on doit, dans les conventions, rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes » (13). Et s'il faut chercher l'intention des parties dans une promesse qui contient un délai d'exécution, un terme ou une condition, on ne peut pas la dégager nette et claire dans le sens que les parties ont entendu s'obliger dès maintenant.

« Le fait pour lequel on ne veut pas faire un achat ferme — dit M. Demogue (14) — peut être suffisamment imprécis pour qu'il ne soit pas pratiquement commode de le couler dans le moule d'une convention. » Il est vrai que M. Demogue raisonne sur la promesse unilatérale de vente, mais il n'y a aucune difficulté d'imaginer que la même imprécision peut exister, dans la pratique, pour les deux contractants.

L'intérêt de la distinction d'une promesse bilatérale indépendante et non assimilable au contrat définitif est grand au point de vue des effets des deux contrats. La promesse fait naître une obligation personnelle de faire, le contrat définitif peut donner naissance à un droit réel. Le bénéficiaire de la promesse n'acquiert aucun droit sur la chose ; ainsi, les risques restent à la charge de celui qui a promis de vendre.

La promesse bilatérale répond à une réelle nécessité pratique. Nous croyons, avec Degnkolb, que ceux qui préfèrent une promesse de contrat plutôt que le contrat même, ne veulent pas faire naître des complications inutiles,

(13) Cet article peut motiver aussi les dispositions de l'art. 1589, C. civ., si on lui donne notre interprétation restrictive.

(14) Art. cit., *Rev. Trim.*, 1906, 254.

des rapports juridiques pour le seul plaisir de créer des obligations.

En admettant ce système, on ne contrevient pas aux dispositions générales du Code civil (art. 1134 et 1156), on ne met pas les parties devant les effets d'un contrat qu'ils n'ont pas voulu faire et on donne un sens à la différence que la jurisprudence et la doctrine font entre la promesse unilatérale et la promesse bilatérale de contrat ; autrement, on est porté vers l'opinion de M. Planiol, qui est au moins logique lorsqu'il ne reconnaît aucune existence à la promesse bilatérale (15).

Quant à la promesse bilatérale de société, la jurisprudence l'a toujours différenciée du contrat de société. Nous citons une décision assez ancienne de la Cour Impériale de Paris (16) : « Est valable la convention par laquelle deux parties s'engagent à former entre elles dans un délai déter-

(15) Dans le Droit italien, la question de la validité et des effets de la promesse bilatérale de contrat présente un intérêt tout spécial. Le Code civil italien n'a pas reproduit les dispositions de l'art. 1589 du Code civil français, qui se trouvaient dans le Code Albertin (art. 1595), le Code de Deux-Siciles (art. 1434). Nonobstant, la jurisprudence italienne a continué la tradition en assimilant la promesse bilatérale au contrat de vente (*Cass. Torino*, 17 mai 1893, dans la *Giuris. ital.*, 1893, I, 728 ; *Cass. Napoli*, 2 oct. 1909, *Riv. di dir. com.*, 1910, II, 130 ; *Cass. Roma*, 19 déc. 1918² ; *Giuris. ital.*, 1919, I, 107). Dans ce sens se prononce la doctrine — on pourrait dire — classique (PACIFICI MAZZONI : *Compra Vendita*, I, n° 26 ; GIORGI, cit. t. III, n° 151 ; MANARA : *La promessa di vendita di un immobile*, *Foro ital.*, 1884, I, 163). Mais la doctrine récente critique vivement cette solution. (COVIELLO, cit., n° 22 ; BARASSI : *Sulla promessa bilaterale di Compra-Vendita*, *Legge*, 1905, 1294 ; DEgni : *Ancora della promessa bilaterale di Compra-Vendita*, *Riv. di dir. com.*, 1910, II, 130). Cette critique a atteint son but. Les Cours de Cassations, dans les plus récentes décisions, reconnaissent à la promesse bilatérale des effets différents de ceux du contrat de vente. (*Cass. Napoli*, 10 mai 1919, *Giuris. ital.*, 1919, I, 761 ; *Cass. Roma* (Sections unis), 28 nov. 1921, *Giuris. ital.*, 1921, I, 11 ; *Cass. Roma*, 24 janv. 1922, *Giuris. ital.*, 1922, I, 33 i).

(16) 5 déc. 1865, *J. t. com.*, 1866, p. 407.

miné une société commerciale dont elles ont arrêté d'avance les conditions. »

A la question de savoir si cette convention n'est pas régie, par analogie, par les dispositions de l'art. 1589 c. civ., la jurisprudence a souvent répondu directement par la négative. « Si, en matière de vente — décide la Cour de Lyon (17) — la promesse de vente vaut vente, on ne peut, par analogie, décider de même en matière de société en nom collectif. »

Ainsi, la promesse de société peut être unilatérale ou bilatérale, suivant qu'elle est obligatoire pour une seule partie ou pour deux.

Nous avons évité la dénomination de promesse synalagmatique de société, parce que ce terme ne serait pas tout à fait exact. Certes, les deux parties se trouvent obligées réciproquement, mais il n'y a pas de corrélation entre leurs obligations. L'un d'eux, actionné en justice pour exécuter son obligation, ne pourrait pas opposer l'*exceptio non adimpleti contractus*.

La promesse bilatérale veut dire qu'il existe un double lien juridique, que les deux parties se sont obligées à contracter, que toutes deux ont le droit d'exiger la formation de la société, de renoncer à en profiter, sans avoir celui de s'en affranchir. « Il y a — dit M. Perroud (18) — une double sollicitation avec engagement réciproque de la maintenir un certain temps. Un projet de contrat ayant été précisé, chaque partie dit à l'autre : Si vous le voulez, je

(17) 22 fév. 1899, J. Soc., 1900, p. 266.

(18) Note S., 1912, I, 217. Le savant professeur croit que la véritable simplification « consiste à considérer la promesse de contrat comme créant une obligation de faire, à terme ».

resterai prête à passer ce contrat définitivement pendant tel délai. »

Nous avons donc des promesses de société à lien unilatéral et à liens bilatéraux (19). Le caractère d'avant-contrat ressort de toute l'analyse que nous avons faite de la promesse de société (20).

(19) COVIELLO, cit., n° 26 ; GÖPPERT, § VI ; ADLER, p. 50, note.

(20) Voir surtout la « Formation de la promesse de société », chap. I^{er}.

SECTION II

Nature du droit

Quelle est la nature du droit qui résulte de l'obligation du promettant ?

Par son acceptation, le bénéficiaire oblige le promettant à donner son consentement pour la formation du contrat définitif sans être obligé lui-même de demander l'exécution de cette obligation ou de contracter à la suite d'une sommation du promettant. L'obligation qui naît de la promesse ne produira ses effets que si le bénéficiaire le veut. Le contrat peut être considéré comme soumis à la condition potestative : *si volet*, ce qui peut nous faire croire, à première vue, que le droit du bénéficiaire est conditionnel, né d'un contrat conditionnel, soumis à une condition potestative.

La condition potestative fait dépendre l'exécution de la convention, de la volonté d'une des parties contractantes (art. 1170 c. civ.). Or, l'art. 1174 c. civ. déclare nulle l'obligation contractée « sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige ». Cet article, qui paraît inutile, car celui qui s'oblige à donner ou à faire s'il veut ne s'oblige point et il n'y a pas de contrat faute de consentement de la part du débiteur, a donné occasion, comme toutes les dispositions du Code sur les conditions potestatives, à de longues discussions. Sans nous engager dans ces discus-

sions (21), il nous est facile de démontrer que l'art. 1174 c. civ. déclare nulle la convention qui a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige ; par *a contrario* la convention est valable si elle est soumise à une condition potestative de la part du créancier.

L'obligation du promettant est pure et simple. Il ne peut pas s'y soustraire. Sans doute il se peut que l'obligation ne s'exécute pas, mais l'inexécution ne dépend pas de la volonté du promettant, qui seul est obligé ; elle dépend de la volonté du bénéficiaire.

En conséquence, nous avons un contrat valable qui soumet la conclusion du contrat définitif au consentement du bénéficiaire ; car si le contrat définitif n'est pas conclu, malgré que son objet et toutes les conditions de formation soient arrêtées, c'est qu'il n'y a pas de consentement. Il en résulte que, tout comme dans le contrat conditionnel sous condition suspensive, le bénéficiaire n'a pas de droit actuel. Mais malgré cette ressemblance, il n'y a pas d'analogie entre le droit conditionnel et le droit né de la promesse de contrat.

La condition est une modalité qui se greffe sur un contrat qui réunit toutes les conditions de validité. Le contrat qui est l'objet de la promesse, dont la formation dépend de la volonté du bénéficiaire n'existe pas ! Les parties ont arrêté les bases de sa formation, mais il manque un élément essentiel : le consentement, au moins le consentement du bénéficiaire. Il n'y a qu'un projet de contrat définitif ; un projet qu'une des parties, ou les deux, s'il y a obligations bilatérales, se sont obligées, par un contrat préliminaire, à

(21) V. DEMOGUE, art. cit., *R. trim.*, 1905, p. 127.

réaliser, à transformer en contrat, dans un certain délai, si la partie qui bénéficie de la promesse se décide à contracter.

L'obligation du promettant donne le droit au bénéficiaire, si celui-ci le désire (c'est en quelque sorte la réalisation de la condition potestative) de demander la formation du contrat, le promettant se déclarant prêt à donner son consentement. Le droit du créancier par l'arrivée de la condition devient ferme et actuel ; le contrat existant devient exigible.

Il n'y a donc aucune assimilation à faire entre le droit résultant de la promesse et un droit conditionnel (22).

Cette différence a des conséquences considérables dans la pratique.

D'après le Code civil, les effets du contrat conditionnel sont rétroactifs (art. 1179 c. civ.). La condition, une fois arrivée, est censée n'avoir jamais existé. S'il fallait assimiler le droit du bénéficiaire à celui du créancier conditionnel, on serait obligé de reconnaître des effets rétroactifs à un contrat qui n'a pas existé du tout, faute de consentement. La fiction du consentement donné au moment de la promesse ne peut avoir de fondement encore qu'elle ne soit justifiée par aucun texte ; il faudrait faire tomber tous les droits acquis, par les tiers de bonne foi, depuis la promesse, lui reconnaître plus qu'un droit personnel, et l'autoriser à faire tous les actes conservatoires de l'art. 1180 c. civ. 23).

(22) C'est ADLER qui a fait le premier cette distinction : loc.cit., 153 et suiv.

(23) Nous croyons qu'il ne peut faire que les actes qui tendent à conserver la preuve de son droit et non sa mise en mouvement.

« Le créancier — dit M. Laurent (24) — a droit à profiter de la promesse s'il veut s'engager à acheter. C'est un droit personnel, il n'acquiert aucun droit sur la chose objet du contrat. Il a été jugé par la Cour de Cassation (Rejet 20 janv. 1862, D. 62 I 264) que ce droit n'est pas immobilier, ce qui est incontestable, car le droit immobilier ne pourrait être qu'un droit dans l'immeuble, c'est-à-dire un droit de propriété ; or, tant que la partie intéressée n'a point déclaré son intention d'acheter, il n'y a qu'une obligation du promettant de vendre et celui qui promet de vendre ne vend pas, car il ne peut pas vendre par sa seule volonté. »

Il n'y a donc pas de droit réel non plus, de droit d'obligation à contenu passif à l'égard de tous, comme le définit M. Planiol (25). Les tiers ne sont pas obligés de s'abstenir de tout acte qui pourrait annihiler ou diminuer le droit du bénéficiaire (26).

La jurisprudence, par contre, dans de nombreux arrêts, reconnaît au bénéficiaire un droit de créance pur et simple. Est particulièrement clair, dans ce sens, un arrêt de la Cour de Nancy (26) : « Si la promesse de vente — décide la Cour — ne transfère à son bénéficiaire aucun droit réel, elle lui procure du moins une créance qui est pure et simple, immédiate et définitive. »

Il résulte de l'analyse que nous venons de faire de la promesse de contrat en comparaison avec le contrat conditionnel, que cette jurisprudence est bien contestable. Si la créance était pure et simple, immédiate et définitive, le pro-

(24) T. XXIV, p. 16.

(25) 7^e éd., t. I, n^o 2159.

(26) Trib. de Tours, 14 nov. 1906, *Gaz. des Trib.*, 5 juin 1907.

(27) Nancy, 4 avril 1906, S. 906, II, 241.

mettant aurait le droit de contraindre le bénéficiaire à accepter l'exécution de son obligation. Or, la raison même de la promesse, c'est de laisser au bénéficiaire pleine liberté d'accepter ou non de se prévaloir de l'obligation du promettant.

Tant que le bénéficiaire n'a pas déclaré sa volonté de contracter, son droit n'est pas actuel, n'est pas pur et simple et ne peut pas l'être, puisqu'il est soumis à une éventualité : s'il se décide à contracter.

Le droit de créance existe, mais il est incomplet, il dépend du consentement du bénéficiaire pour devenir pur et simple ; il n'est qu'éventuel.

« En effet — dit M. Demogue (28) — ce qui caractérise le droit éventuel, c'est que l'on est en face d'un droit né d'un acte juridique incomplet, ou plutôt à la suite de certains éléments qui ont déjà une force par eux-mêmes. »

(28) Art. cit., *Rev. trim.*, 1905 763. Voir TITULESCO, op. cit.

CONCLUSION

Il n'est pas dans notre intention, suivant une tradition courante, dans des pareilles études, de demander au législateur des dispositions spéciales à la promesse de société.

Les règles générales en matière d'obligations nous paraissent suffisantes.

Cependant, nous souhaiterions que la jurisprudence française montrât plus de hardiesse dans l'interprétation des textes et donnât pleine valeur juridique à des opérations qui, comme la promesse de société, sont rendues plus fréquentes par le développement des relations économiques et par l'accroissement du besoin de former des sociétés. Elle a trop longtemps hésité à reconnaître la validité et à déterminer les effets de la promesse de société, alors que la jurisprudence belge, interprétant les mêmes textes généraux, adoptait ces solutions d'une manière aussi pratique que juridique (1).

La jurisprudence française est arrivée cependant, n'ayant jamais manqué à cette tâche, à faire de la promesse de société un instrument qui facilite, dans une large mesure, la formation des sociétés commerciales.

Constamment préoccupé, dans notre étude, du but de la promesse de société, nous croyons avoir dégagé les conclusions suivantes :

(1) La Haye, 15 nov. 1814, Paris, 1814, 241 ; Bruxelles, 4 avril 1827 ; Pasi., 1827, 123 ; Bruxelles, 4 mars 1829 ; Pasi., 1829, 82.

a) La promesse de société fait naître une obligation personnelle de faire, régie par les dispositions générales du Code civil et du Code de commerce, suivant qu'elle a comme objet la formation d'une société civile ou d'une société commerciale, qu'elle constitue, en d'autres termes, un contrat civil ou commercial.

b) Cette obligation de faire consiste en une nouvelle prestation de consentement dans les formes prescrites par la loi pour la formation du contrat de société. Le consentement doit, alors, porter sur les clauses essentielles du contrat de société, telles qu'elles ont été déterminées par les parties lors de la conclusion de la promesse de société.

c) Le bénéficiaire de la promesse de société a un droit éventuel d'obtenir le consentement de son contractant. Toutes les clauses du contrat de société étant déterminées dans la promesse, le consentement qui doit intervenir pour parfaire ce contrat reste soumis à la volonté tant du promettant que du bénéficiaire.

d) Le droit ainsi que l'obligation — la promesse de société étant constituée *intuitu personae* — sont attachées à la personne des contractants.

e) L'obligation du promettant, en cas de non-exécution, se résout en dommages-intérêts, en raison de la nature du contrat qu'elle a comme objet.

Les dommages-intérêts doivent être non seulement de la perte faite, mais aussi du gain dont le bénéficiaire est privé. Nous insistons sur le droit du bénéficiaire de demander des dommages pour ce gain, parce que la jurisprudence ne lui accorde généralement que pour la perte faite.

Le promettant ne doit, d'ailleurs, être traité rigoureusement qu'en cas de mauvaise volonté, mais il ne faut pas, en aucun cas, que la nature de la promesse de société soit

changée. Il ne faut pas, en l'exonérant de tout dommage, par suite de l'absence de la perte — dans bien des cas la perte n'existant pas pour le bénéficiaire — faire dépendre l'exécution de la promesse de la seule volonté du promettant.

Vu :

Vu :

Le Président,

Le Doyen,

J. HÉMARD.

H. BERTHÉLEMY.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

P. APPELL.

TABLE DES MATIÈRES

	PAGES
BIBLIOGRAPHIE.	
INTRODUCTION. — <i>Les cas d'application de la promesse de société</i>	1
CHAPITRE I ^{er} . — <i>Formation de la promesse de société.</i>	9
SECTION I ^{re} . — Conditions essentielles de validité.	15
§ 1 ^{er} . — Conditions communes à tout contrat.	15
I. — Consentement	15
II. — Capacité	20
III. — Objet	24
IV. — Cause	30
§ 2. — Condition spéciale à la promesse de société. — Le délai d'exécution	32
SECTION II. — Forme et preuve de la promesse..	40
SECTION III. — Du projet de société et de la promesse d'action	49
§ 1 ^{er} . — Projet de société	49
§ 2. — Promesse d'action	56
CHAPITRE DEUXIÈME. — Effets de la promesse de société.	60
SECTION I ^{re} . — Exécution de la promesse	60
§ 1 ^{er} . — De l'action en exécution	62
§ II. — Des dommages-intérêts	70
SECTION II. — Des rapports nés dans la promesse..	77
§ 1 ^{er} . — Entre les contractants	77
§ 2. — A l'égard des ayants-cause.	80
SECTION III. — Extinction de la promesse de société	81
§ 1 ^{er} . — Extinction par impossibilité objective d'exécution	82
I. — Perte de l'apport promis	82

	PAGES
II. — Déconfiture, faillite et liquidation judiciaire	87
III. — Justes motifs objectifs	87
IV. — De la clause <i>rebus sic stantibus</i> ..	88
§ 2. — Extinction par impossibilité subjective d'exécution	90
I. — La mort d'une partie contrac- tante	90
II. — L'interdiction	92
III. — Justes motifs subjectifs	94
§ 3. — Expiration du délai d'exécution	96
CHAPITRE TROISIÈME. — Nature juridique de la promesse de société	98
SECTION I ^{re} . — Caractères du contrat	98
SECTION II. — Nature du droit	107
CONCLUSION	112

